

J. von Staudingers
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
12., neubearbeitete Auflage

§§ 1666–1772

J. von Staudingers

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

12., neubearbeitete Auflage

Kommentatoren

Dr. Hermann Amann
Notar in Berchtesgaden

Hans Anton Bader, M. A.
Richter am Amtsgericht München

Dr. Christian von Bar
Professor an der Universität Osnabrück

Dr. Okko Behrends
Professor an der Universität Göttingen

**Dr. Dr. h. c. mult.
Günther Beitzke**
Professor an der Universität Bonn

Wolfgang Beutler
Vorsitzender Richter am
Oberlandesgericht Celle

Dr. Werner Bienwald
Professor an der Evangelischen
Fachhochschule Hannover

Dr. Dieter Blumenwitz
Professor an der Universität Würzburg

Wolf-Rüdiger Bub
Rechtsanwalt in München

Dr. Elmar Bund
Professor an der Universität Freiburg

Dr. Michael Cieslar
Notar in München

Dr. Michael Coester
Professor an der Universität Göttingen

Dr. Dr. h. c. mult. Helmut Coing
Professor an der Universität Frankfurt a. M.

Dr. Hermann Dilcher
Professor an der Ruhr-Universität Bochum

Dr. Heinrich Dörner
Professor an der Universität Münster

Dr. Werner Ebke LL.M.
Professor an der Universität Konstanz

Dr. Eberhard Eichenhofer
Professor an der Universität Osnabrück

Dr. Volker Emmerich
Professor an der Universität Bayreuth

Dipl.-Kfm. Dr. Norbert Engel
Ministerialrat in München

Dr. Helmut Engler
Professor an der Universität Freiburg.
Minister in Baden-Württemberg a. D.

Rudolf Ertl
Notar in Kempten

Dr. Dr. h. c. Murad Ferid
Professor an der Universität Konstanz

Dr. Karl Firsching †
Professor an der Universität Regensburg.
Richter am Bayerischen Obersten
Landesgericht a. D.

Dr. Rainer Frank
Professor an der Universität Freiburg

Peter Funk
Rechtsanwalt in Leverkusen

Dr. Horst Göppinger
Professor, Richter
am Oberlandesgericht Stuttgart a. D.

Dr. Dr. Eugen D. Graue LL.M.
Professor an der Universität Kiel.
Richter am Schleswig-Holsteinischen
Oberlandesgericht a. D.

Dr. Bernhard Großfeld LL.M.
Professor an der Universität Münster

Dr. Karl-Heinz Gursky
Professor an der Universität Osnabrück

Norbert Habermann
Richter am Amtsgericht Offenbach

Dr. Rainer Hausmann
Professor an der Universität Konstanz

Dr. Dieter Henrich
Professor an der Universität Regensburg

Dr. Reinhard Hepting
Professor an der Universität Köln

Joseph Hönle
Notar in Tittmoning

Dr. Bernd von Hoffmann
Professor an der Universität Trier

Dr. Heinrich Honsell
Professor an der Universität Zürich

Dr. Dr. Klaus J. Hopt M. C. J.
Professor an der Universität München

Dr. Norbert Horn
Professor an der Universität Köln

Dr. Ulrich Huber
Professor an der Universität Bonn

Dr. Heinz Hübner
Professor an der Universität Köln

Dr. Ulrich von Jeinsen
Rechtsanwalt in Hannover

Dr. Hubert Kaduk
Vorsitzender Richter am Oberlandes-
gericht Hamm a. D., Lehrbeauftragter an
der Universität Osnabrück

Dr. Rainer Kanzleiter
Notar in Neu-Ulm

Wolfgang Kappe
Vorsitzender Richter am OLG Celle a. D.

Dr. Ernst Keßler
Rechtsanwalt in München

Dr. Ferdinand Kirchhof
Professor an der Universität Tübingen

Dr. Diethelm Klippel
Professor an der Universität Gießen

Dr. Helmut Köhler
Professor an der Universität Augsburg.
Richter am Oberlandesgericht München

Dr. Heinrich Kreuzer
Notar in Parsberg

Dr. Günther Kriegbaum
Richter am Bayerischen Verwaltungs-
gerichtshof, München

Dr. Jan Kropholler
Professor an der Universität
Hamburg, Wissenschaftlicher Referent
am MPI Hamburg

Dr. Hans-Dieter Kutter
Notar in Schweinfurt

Dr. Manfred Löwisch
Professor an der Universität Freiburg,
vorm. Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

Dr. Dr. h. c. Werner Lorenz
Professor an der Universität Konstanz

Dr. Ulrich Magnus
Professor an der Universität Hamburg

Dr. Peter Marburger
Professor an der Universität Trier

Dr. Wolfgang Marotzke
Professor an der
Universität Erlangen-Nürnberg

Dr. Dr. h. c. Theo Mayer-Maly
Universitäts-Professor in Salzburg

Dr. Dieter Medicus
Professor an der Universität München

Dr. Dr. Detlef Merten
Professor an der Hochschule für
Verwaltungswissenschaften Speyer

Dr. Peter O. Mülbert
Akademischer Rat a. Z.

an der Universität München

Dr. Dirk Neumann
Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts a. D.
in Kassel

Dr. Hartmut Oetker
Wissenschaftlicher Assistent
an der Universität Kiel

Dr. Gerhard Otte
Professor an der Universität Bielefeld,
Richter am Oberlandesgericht Hamm

Dr. Hansjörg Otto
Professor an der Universität Göttingen

Dr. Lore Maria Peschel-Gutzeit
Senatorin für Justiz der Freien und Hansestadt
Hamburg, Vorsitzende Richterin am Hansa-
tischen Oberlandesgericht zu Hamburg i. R.

Dr. Frank Peters
Professor an der Universität Hamburg.

Richter am Hansaatischen
Oberlandesgericht zu Hamburg

Dr. Alfred Pikalo

Notar in Dürren

Dr. Günter Promberger LL.M.
Notar in Dachau

Dr. Manfred Rapp
Notar in Landsberg

Dr. Dipl. Math. Thomas Rauscher
Privatdozent an der Universität München

Dr. Wolfgang Reimann
Notar in Passau

Dr. Gerhard Reinecke
Vorsitzender Richter am
Landesarbeitsgericht, Berlin

Dr. Gert Reinhart
Professor an der Universität Heidelberg

Dr. Wolfgang Reuss
Notar in München

Dr. Dieter Reuter
Professor an der Universität Kiel,
Richter am Schleswig-Holsteinischen
Oberlandesgericht in Schleswig

Dr. Reinhard Richardi
Professor an der Universität Regensburg

Dr. Hermann Riedel
Landgerichtsrat a. D. in München

Dr. Wolfgang Ring
Notar in Landshut

Dr. Herbert Roth
Professor an der Universität Münster

Dr. Ludwig Salgo
Professor an der Fachhochschule
für Sozialwesen Esslingen

Dr. Karl Schäfer
Senatspräsident i. R. in Frankfurt a. M.

Franz Scherübl
Senatspräsident beim Bundesverwaltungs-
gericht a. D. in München

Dr. Peter Schlosser
Professor an der Universität München

Dr. Jürgen Schmidt
Professor an der Universität Münster

Dr. Karsten Schmidt
Professor an der Universität Hamburg

Eckard Schreiber
Notar in Furth i. Wald

Dr. Bernd Schulte
Wissenschaftlicher Referent am MPI für
ausl. u. int. Sozialrecht München

Dr. Peter Schwerdtner
Professor an der Universität Bielefeld,
Richter am Oberlandesgericht Hamm

Dr. Hans Hermann Seiler
Professor an der Universität Hamburg

Dr. Walter Selb
Universitäts-Professor in Wien

Dr. Jürgen Sonnenschein
Professor an der Universität Kiel

Dr. Ulrich Spellenberg
Professor an der Universität Bayreuth

Dr. Sebastian Spiegelberger
Notar in Rosenheim

Dr. Hans Stoll
Professor an der Universität Freiburg

Dr. Hans-Wolfgang Strätz
Professor an der Universität Konstanz

Dr. Gerd Stuhrmann
Ministerialrat in Bonn

Dr. Dr. h. c. Fritz Sturm
Professor an der Universität Lausanne

Gudrun Sturm
Assessorin, Wissenschaftliche Mitarbeite-
rin, Lausanne-Dorigny

Burkhard Thiele
Ministerialdirigent in Schwerin

Dr. Wolfgang Thiele †
Professor an der Universität Kiel

Dr. Wolfgang Wawrzinek
Rechtsanwalt in Hamburg

Dr. Olaf Werner
Professor an der Universität Marburg

Dr. Wolfgang Wiegand
Professor an der Universität Bern

Dr. Karl Winkler
Notar in München

Dr. Roland Wittmann
Professor an der Universität München

Dr. Eduard Wufka
Notar in Starnberg

Redaktoren

Dr. Christian von Bar
Professor an der Universität Osnabrück

Wolf-Rüdiger Bub
Rechtsanwalt in München

**Dr. Dr. h. c. mult.
Helmut Coing**
Professor an der Universität
Frankfurt a. M.

Dr. Heinrich Dörner
Professor an der Universität Münster

Dr. Helmut Engler
Professor an der Universität Freiburg,
Minister in Baden-Württemberg a. D.

Dr. Wilhelm Felgentraeger †
Professor an der Universität Hamburg

Dr. Dr. h. c. Murad Ferid
Professor an der Universität München

Dr. Karl-Heinz Gursky
Professor an der Universität Osnabrück

Norbert Habermann
Richter am Amtsgericht Offenbach

Dr. Rainer Hausmann
Professor an der Universität Konstanz

Dr. Dieter Henrich
Professor an der Universität Regensburg

Dr. Bernd von Hoffmann
Professor an der Universität Trier

Dr. Heinrich Honsell
Professor an der Universität Zürich

Dr. Norbert Horn
Professor an der Universität Köln

Dr. Heinz Hübner
Professor an der Universität Köln

Dr. Jan Kropholler
Professor an der Universität
Hamburg, Wissenschaftlicher Referent
am MPI Hamburg

Dr. Manfred Löwisch
Professor an der Universität Freiburg,
vorm. Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

Dr. Dieter Medicus
Professor an der Universität München

Dr. Gerhard Otte
Professor an der Universität Bielefeld,
Richter am Oberlandesgericht Hamm

Dr. Dieter Reuter
Professor an der Universität Kiel,
Richter am Schleswig-Holsteinischen Oberlan-
desgericht in Schleswig

Dr. Wolfgang Wiegand
Professor an der Universität Bern

Dr. Karl Winkler
Notar in München

Beratender Redaktor
Dr. jur. h. c. Theodor Keidel †
Oberlandesgerichtsrat i. R. in München

1992

Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., Berlin

J. von Staudingers
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

12., neubearbeitete Auflage

Viertes Buch

Familienrecht

§§ 1666–1772

Erläutert von

Dr. Michael Coester

Professor an der Universität
Göttingen

Dr. Rainer Frank

Professor an der Universität
Freiburg

Dr. Horst Göppinger

Professor, Richter am
Oberlandesgericht Stuttgart a. D.

Redaktor

Dr. Helmut Engler

Professor an der Universität Freiburg,
Minister in Baden-Württemberg a. D.

1992

Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., Berlin

45733 600

Die Bearbeiter der §§ 1666–1772 in der 12. Auflage

§§ 1666–1698 b	Professor Dr. MICHAEL COESTER
§§ 1699–1704	aufgehoben
§§ 1705–1740 g	Professor Dr. HORST GÖPPINGER
§§ 1741–1772	Professor Dr. RAINER FRANK
Sachregister	Rechtsanwalt Dr. Dr. VOLKER KLUGE

Die Bearbeiter in der 10./11. Auflage

§§ 1666–1669.	Oberlandesgerichtsrat Dr. HORST GÖPPINGER
§ 1670	Oberlandesgerichtsrat HELMUT ENGLER
§§ 1671, 1672	Senatspräsident Dr. JULIUS SCHWOERER
§§ 1673–1681	Oberlandesgerichtsrat Dr. HELMUT DONAU
§§ 1682–1692	Oberlandesgerichtsrat HELMUT ENGLER
§§ 1693–1697	Oberlandesgerichtsrat Dr. HELMUT DONAU
§§ 1698–1698 b	Oberlandesgerichtsrat HELMUT ENGLER
§§ 1705–1718	Oberlandesgerichtsrat Dr. HORST GÖPPINGER
§§ 1719–1740.	Professor Dr. ERHARD BÖKELMANN
§§ 1740 a–1740 g	–
§§ 1741–1772	Professor Dr. HELMUT ENGLER

Zitierweise

STAUDINGER-COESTER § 1666 Rz 1
 STAUDINGER-GOEPFINGER Vorbem I zu
 §§ 1705 ff

Stand der Bearbeitung

§§ 1666–1672: März 1991
 §§ 1673–1698 b: Oktober 1991
 §§ 1705–1740 g: August 1984
 §§ 1741–1772: Januar 1991

Hinweise

Die **Benutzeranleitung** für das Gesamtwerk befindet sich in einer Lasche im hinteren Einbanddeckel des Bandes mit den §§ 1–89 BGB.

Um in der **Erscheinungsweise des Gesamtwerkes** nicht behindert zu werden, werden die broschiierten und gebundenen Einheiten nicht durchgehend paginiert. Am unteren Rand der Seiten innen in Klammern stehende Seitenzahlen haben nur die Funktion einer Hilfspagina mit Bedeutung für den Buchbinder. Zitiert wird nur nach Randziffern (s. o.). Die Reihenfolge der zu einem Band gehörenden broschiierten Einheiten ergibt sich aus der Paragraphenfolge. Sobald die einen Band bildenden broschiierten Einheiten vorliegen, wird der zuletzt erscheinenden broschiierten Einheit eine Einbanddecke in Halbleder beigegefügt.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch :

mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / Kommentatoren Hermann Amann . . . – Berlin : Sellier de Gruyter.

Teilw. hrsg. von Günther Beitzke . . . Teilw. mit dem Hauptsacht.: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. – Teilw. im Verl. Schweizer de Gruyter, Berlin

NE: Staudinger, Julius von [Begr.]; Amann, Hermann; Beitzke, Günther [Hrsg.]; Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; J. v. Staudingers Kommentar zum Gesetzbuch

Buch 4. Familienrecht.

§§ 1666 – 1772 / erl. von Michael Coester . . . – 12., Neubearb. Aufl. – 1992

ISBN 3-8059-0795-8

NE: Coester, Michael

© 1992 by Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., Berlin. – Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. – Printed in Germany.

Satz und Druck: Buch- und Offsetdruckerei Wagner GmbH, Nördlingen. – Bindarbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, Berlin. – Umschlaggestaltung: Bib Wies, München.

Vorwort

Die Kommentierung des Familienrechts in J. VON STAUDINGERS Kommentar zum BGB ist gekennzeichnet durch große zeitliche Abstände zwischen den letzten Auflagen. Nach der 9. Auflage, die 1926 erschien, gab es eine Neubearbeitung erst 40 Jahre später in der 11. Auflage; die 10. Auflage des Kommentars, die in den Dreißigerjahren in Angriff genommen worden war, konnte wegen des Krieges nicht abgeschlossen werden. Seit 1966, als die im vorliegenden Band zusammengefaßten Teile des Verwandtschaftsrechts in 10./11. Auflage herauskamen, sind wieder 25 Jahre vergangen.

In diesem Band, der nun in der 12. Auflage als erster aus dem Zweiten Abschnitt des Vierten Buches des BGB geschlossen vorliegt, sind Lieferungen zusammengefaßt, deren Abschlußdaten verhältnismäßig weit auseinanderliegen. Professor Dr. HORST GÖPPINGER berücksichtigt in den Erläuterungen zum 6. und zum 7. Titel die Zeit bis August 1984; Professor Dr. MICHAEL COESTER und Professor Dr. RAINER FRANK haben ihre Bearbeitung im Frühjahr und im Herbst 1991 abgeschlossen.

Das Familienrecht war seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs Veränderungen unterworfen, wie sie wohl kein anderes großes Gebiet des Bürgerlichen Rechts aufweist. Das Gleichberechtigungsgesetz vom 18. 6. 1957, das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. 8. 1961 und mehrere Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts waren schon in der Voraufgabe des Kommentars berücksichtigt. In der Zwischenzeit haben weitere Reformgesetze tief in den Bestand der Vorschriften des Familienrechts eingegriffen und in einzelnen Bereichen die Rechtslage von Grund auf verändert, so vor allem das Nichtehechengesetz vom 19. 8. 1969 und das Adoptionsgesetz vom 2. 7. 1976, ferner das 1. Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. 6. 1976 und das Sorgerechtsgesetz vom 18. 7. 1979.

Die Gerichte hatten sich in den letzten Jahrzehnten – auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten – weit mehr als früher mit bedeutsamen familienrechtlichen Fragen zu befassen, und auch die Zahl der wissenschaftlichen Veröffentlichungen hat auf diesem Gebiet stark zugenommen. Dies machte nahezu im gesamten Familienrecht eine völlige Neubearbeitung erforderlich, die wegen der Vermehrung des zu erörternden Stoffes einen erheblich größeren Umfang beanspruchte als die Erläuterungen in der Voraufgabe.

Freiburg i. Br., im Januar 1992

HELMUT ENGLER

Inhaltsübersicht

	Seite*
Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft	
Fünfter Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder	
§§ 1666-1698 b	259
Sechster Titel. Elterliche Sorge für nichteheliche Kinder	1
Siebenter Titel. Legitimation nichtehelicher Kinder	69
I. Legitimation durch nachfolgende Ehe	74
II. Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters	89
III. Ehelicherklärung auf Antrag des Kindes	135
Achter Titel. Annahme als Kind	
I. Annahme Minderjähriger	161
II. Annahme Volljähriger	437
Sachregister	473

* Es handelt sich um eine Hilfspaginierung; zitiert wird nicht nach Seiten, sondern nach Randziffern.

Der Bearbeiter der §§ 1666–1672 in der 12. Auflage

Professor Dr. MICHAEL COESTER

Die Bearbeiter in der 10./11. Auflage

§§ 1666–1669 Oberlandesgerichtsrat Dr. HORST GÖPPINGER
§ 1670 Oberlandesgerichtsrat HELMUT ENGLER
§§ 1671, 1672 Senatspräsident Dr. JULIUS SCHWOERER

Zitierweise

STAUDINGER-COESTER § 1666 Rz 1

Stand der Bearbeitung

März 1991

Hinweise

Die Bearbeitung von § 1634 erscheint inhaltsgleich auch als Sonderausgabe „Das Recht zum Umgang mit dem eigenen Kinde“.

Die **Benutzeranleitung** für das Gesamtwerk befindet sich in einer Lasche im hinteren Einbanddeckel des Bandes mit den §§ 1–89 BGB.

Um in der **Erscheinungsweise des Gesamtwerkes** nicht behindert zu werden, werden die broschierten und gebundenen Einheiten nicht durchgehend paginiert. Am unteren Rand der Seiten innen in Klammern stehende Seitenzahlen haben nur die Funktion einer Hilfspagina mit Bedeutung für den Buchbinder. Zitiert wird nur nach Randziffern (s. o.). Die Reihenfolge der zu einem Band gehörenden broschierten Einheiten ergibt sich aus der Paragraphenfolge. Sobald die einen Band bildenden broschierten Einheiten vorliegen, wird der zuletzt erscheinenden broschierten Einheit eine Einbanddecke in Halbleder beigelegt.

ISBN 3-8059-0789-3

© 1991 by Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., Berlin. – Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. – Printed in Germany.

Satz und Druck: Buch- und Offsetdruckerei Wagner GmbH, Nördlingen. – Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, Berlin. – Umschlaggestaltung: Bib Wies, München.

100/2912

§ 1666

Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes durch mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, durch Vernachlässigung des Kindes, durch unverschuldetes Versagen der Eltern oder durch das Verhalten eines Dritten gefährdet, so hat das Vormundschaftsgericht, wenn die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Das Gericht kann auch Maßnahmen mit Wirkung gegen einen Dritten treffen.

Das Gericht kann Erklärungen der Eltern oder eines Elternteils ersetzen.

Das Gericht kann einem Elternteil auch die Vermögenssorge entziehen, wenn er das Recht des Kindes auf Gewährung des Unterhalts verletzt hat und für die Zukunft eine Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist.

E I § 1546; II § 1557; III § 1643; Mot IV 803 ff; Prot IV 619 ff, 654 ff; GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 1 Nr 16 (dazu BT-Drucks 7/2060; 8/111; 8/2788).

Schrifttum

AKKENT-FRANGER, Mädchen in der Türkei und in Deutschland, RdJ 1986, 137; BARTH, Kindesmißhandlung – ein Überblick; – aus der Sicht des Jugendamts, ZfJ 1986, 236; BECKER, Neues elterliches Sorgerecht, ZBLJugR 1978, 300; BEITZKE, Nochmals zur Reform des elterlichen Sorgerechts, FamRZ 1979, 3; BERES, Vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen – und was geschieht dann ?, ZfJ 1984, 263; BETTERMANN, Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: FS Lent (1957) 17; BIENWALD, Zur Beteiligung des Mannes bei der Entscheidung über den straffreien Schwangerschaftsabbruch seiner Ehefrau, FamRZ 1985, 1096; BÖHM, Rechtliche Probleme der Anordnung, Erstellung und Verwertung von Sachverständigengutachten im Rahmen familiengerichtlicher Entscheidungen in Sorgerechtssachen, DAVorm 1985, 731; BOSCH, Volljährigkeit – Ehemündigkeit – Elterliche Sorge, FamRZ 1973, 489; BRÜGGEMANN, Elterliche Vermögenssorge – Alte und neue Fragen, ZBLJugR 1980, 53; BURMEISTER, Abtreibung und Art 6 GG. Oder: „Mamis Bauch gehört auch mir“, JR 1989, 52; COESTER, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff (1983); COESTER-WALTJEN, Befruchtungs- und Gentechnologie beim Menschen – rechtliche Probleme von morgen?, FamRZ 1984, 230; dies, Der Schwangerschaftsabbruch und die Rolle des künftigen Vaters, NJW 1985, 2175; dies, Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. DJT (1986); DIEDERICHSEN, Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses, FamRZ 1978, 461; ders, Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, NJW 1980, 1; FEHNEMANN, Das Verschuldensprinzip in § 1666 BGB und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZfJ 1984, 157; FINGER, Schwangerschaftsabbruch und Sterilisation in der Ehe, KJ 1986, 326; ders, Gefährdung des Kindeswohls, RdJ 1988, 177; FRANZ, Maßnahmen nach den §§ 1666, 1666 a BGB und die Fürsorgeerziehung, FamRZ 1982, 349; FTHENAKIS, Kindeswohl – gesetzlicher Anspruch und Wirklichkeit, Brühler Schriften zum Familienrecht Bd 3 (1984), 33; GEIGER, Die Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs, FamRZ 1986, 1; GERNHUBER, Kindeswohl und Elternwille, FamRZ 1973, 229; GRIESEN, Familienrechtsreform zum Wohle des Kindes?, FamRZ 1977, 594; ders, Kindesmißhandlung? (1979); ders, Anmerkung zu KG v 19. 3. 1985 und Re C. (A Minor) (1985) 15 Fam. Law 191, JZ 1985, 1055; GÖTZINGER-PECHSTEIN, Zur Problematik der Geschwistertrennung bei Vermittlung in Dauerpflege, ZfJ 1985, 477; GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT, Jenseits des Kindeswohls (1974) (zit: GOLDSTEIN ua I); dies, Diesseits des Kindeswohls (1982) (zit: GOLDSTEIN ua II); GOLDSTEIN ua, Das Wohl des Kindes (1988) (zit: GOLDSTEIN ua III); HÄBEL, Tagesbetreuung von Kindern unter drei Jahren – Rechtsanspruch und soziale Auslese, ZfJ 1988, 530; HAESLER (Hrsg), Kindesmißhandlung (2. Aufl 1985); HAPPE, Hat sich das Jugendwohlfahrtsgesetz auch ohne Jugendhilferechtsreform überlebt?, FamRZ 1981, 635; HARMS, Die Funktion des elterlichen Fehlverhaltens als Voraussetzung für Eingriffe in das Personensorgerecht (Diss Freiburg 1988); HARRER, Zivilrechtliche Einflußmöglichkeiten des künftigen Vaters auf die Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs, ZfJ 1989, 238; HASSENSTEIN-UHLMANN, Unterbringung von Kindern, Unsere Jugend 1978, 146, 201; HINZ, Kinderschutz als Rechtsschutz und elterliches Sorgerecht (1976); ders, Zu den Voraussetzungen der Trennung eines gesunden Kindes von seinen behinderten Eltern, NJW 1983, 377; VON HIPPEL, Besserer Schutz des Embryos vor Abtreibung?, JZ 1986, 53; ders, Der Schwangerschaftsabbruch in rechtsvergleichender Sicht, in: VON VOSS ua (Hrsg), Chancen für das ungeborene Leben (1988) 69; HÖHNE, Gerichtliche Kontrolle elterlicher Fehlentscheidungen (Diss Frankfurt/M 1974); HOERSTER, Forum: Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht?, JuS 1989, 172; HORNDASCH, Zum Wohle des Kindes: Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Einwirkung auf die Erziehungsverantwortung der Eltern (Diss Göttingen 1983); HURRELMANN, Warum Eltern zu Tätern werden, Mitt der DFG 1/89, 10; JÄGER, Mitspracherechte Jugendlicher bei persönlichkeitsrechtlichen Entscheidungen (Diss Freiburg 1988); JAGERT, Anmerkung zu AG Köln v 15. 3. 1984, FamRZ 1985, 1173; KALLABIS, Aids und das Jugendamt, ZfJ 1988, 54; KLUSSMANN, Das Pflegekind Janina in Glanz und Elend, ZfJ 1988, 478; KNÖPFEL, Zur Neuordnung des elterlichen Sorgerechts, FamRZ 1977, 600; ders, Elternrecht, Kindesrecht und Zwang gegen Jugendliche, FamRZ 1985, 1211; LEMPP, Gerichtliche Kinder- und Jugendpsychiatrie (1983); ders, Kinder- und jugendpsychiatrische Anmerkungen zur Frage, wieweit das Erziehungsrecht der Eltern durchgesetzt werden kann und darf, FamRZ 1986, 1061; LEMPP ua, Die Anhörung des Kindes gemäß § 50 b FG (1987); LÜDERITZ, Die Rechtsstellung ehelicher Kinder nach Trennung ihrer Eltern im künftigen Recht der Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1975, 605; LUTHIN, Zur Neuregelung des elterlichen Sorgerechts, FamRZ 1979, 986; MIEHE, Fürsorgeerziehung und Heimunterbringung, in: FS Leferenz (1983) 647; MITTENZWEI, Die Rechtsstellung des Vaters zum ungeborenen Kind, AcP 187 (1987) 247; MÜLLER, GERDA, Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, DRiZ 1979, 169; MÜNDER, „Wohl des Kindes“ in

5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

vormundschaftsgerichtlichen und familiengerichtlichen Entscheidungen, RdJ 1981, 82; ders, Kindschaftsrecht und Staatsintervention, RdJ 1988, 196; ders, Die Entwicklung autonomen kindschaftsrechtlichen Denkens, ZfJ 1988, 10; PRESTIEN, Die Stellung des Kindes im Rechtsstreit der Erwachsenen, RdJ 1988, 431; RÖCKER, Sexueller Mißbrauch in der Scheidungsfamilie, in: Du Bois (Hrsg), Praxis und Umfeld der Kinder- und Jugendpsychiatrie (1989) 145; ROTH-STIELOW, Nochmals: Der Schwangerschaftsabbruch und die Rolle des künftigen Vaters, NJW 1985, 2746; RÜNZ, Die Entscheidungsmöglichkeiten des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1666 a BGB (Diss Mainz 1988); SALGO, Brauchen wir den Anwalt des Kindes? – Vorüberlegungen, ZfJ 1985, 259; ders, Das Kindeswohl in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Du Bois (Hrsg), Praxis und Umfeld der Kinder- und Jugendpsychiatrie (1989) 156; SCHLÜTER-KÖNIG, Die Konkurrenz von Familiengericht und Vormundschaftsgericht in Sorgerechtsangelegenheiten – ein ungelöstes Problem, FamRZ 1982, 1159; SCHMITT-GLAESER, Die Eltern als Fremde, DÖV 1978, 629; SCHNEIDER, URSULA, Körperliche Gewaltanwendung in der Familie (1987); SCHÜTZ, Das Recht der Eltern auf Erziehung ihrer Kinder in der Familie, FamRZ 1985, 528; ders, Wohl des Kindes – ein schwierig zu handhabender unbestimmter Rechtsbegriff (§§ 1634 II, III, 1666, 1671 II, 1672, 1696 II BGB), FamRZ 1986, 947; ders, Die Erreichung des 13. Lebensjahres befreit das Kind nicht von der Pflicht, sich erziehen zu lassen, FamRZ 1987, 438; SCHWERDTNER, Das Recht der Eltern auf Erziehung der Kinder – ein erratischer Block im BGB?, DAVorm 1982, 617; SIMITIS ua, Kindeswohl. Eine interdisziplinäre Untersuchung über seine Verwirklichung in der vormundschaftsgerichtlichen Praxis (1979); ders, Kindschaftsrecht – Elemente einer Theorie des Familienrechts, in: FS Müller-Freienfels (1986) 579; ders, Das Kindeswohl als Entscheidungsziel: Von der Euphorie zur Skepsis, in: GOLDSTEIN ua III 191; SIMON, Das neue elterliche Sorgerecht, JuS 1979, 752; STÜRNER, Der Schutz des ungeborenen Kindes im Zivilrecht, Jura 1987, 75; TIEDEMANN, Aids – Familienrechtliche Probleme, NJW 1988, 729; TRÖNDLE, Der Schutz des ungeborenen Lebens in unserer Zeit, ZRP 1989, 54; VENT, Bewertung abweichenden Verhaltens (zur Anordnung der Heimerziehung), RdJ 1981, 97; WENGLER, Nochmals: Die entlaufenen Töchter der islamischen Eltern, IPRax 1985, 334; WIESER, Die gewaltsame Rückführung eines Kindes zu seinen Eltern, FamRZ 1990, 693; WIESNER, Die Kompetenz des Vormundschaftsgerichts bei der Abwehr von Gefahren für das Kindeswohl, ZBJugR 1981, 509; ZENZ, Kindesmißhandlung und Kindesrechte (1979).

Systematische Übersicht

I. Allgemeines

1. Normbedeutung, Verfassungsrecht 1
2. Entstehungsgeschichte 4
3. § 1666 im System des Rechtsschutzes für Kinder 5
4. Normstruktur
 - a) Tatbestandsaufbau, Generalklausel 11
 - b) Elterliches Verschulden 12
 - c) Elterliche Pflichtwidrigkeit 17
 - d) Elterliches Erziehungsunvermögen 22

II. Anwendungsbereich

1. Persönlich
 - a) Inhaber der elterlichen Sorge 27
- b) Kind 28
2. Sachlich
 - a) Personen- und Vermögenssorge 36
 - b) Abgrenzung zu §§ 1671, 1672, 1696 (Scheidungsfamilie) 37
 - c) Spezielle Schutzvorschriften 44
 - d) Regelungskonflikte 47
 - e) Ruhen der elterlichen Sorge 49
 - f) Auswirkungen des Sorgerechtsentzugs 50
 - g) Ersetzung der Einwilligung in Adoption und Legitimation 52

- h) Keine Eingriffsmöglichkeiten nach KJHG 53
3. International 54

III. Tatbestand des Abs 1 S 1

1. Gefährdung des Kindeswohls
 - a) Kindeswohl
 - aa) Grundsätzliche Bedeutung 55
 - bb) Bestimmung des Kindeswohls 56
 - cc) Kindeswohl und Kindeswille 61
 - b) Gefährdungsbegriff 64
 - c) Gefährdungsursachen 70
 - aa) Mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge 71
 - bb) Vernachlässigung des Kindes 72
 - cc) Versagen der Eltern 73
 - dd) Verhalten eines Dritten 74
 2. Fallgruppen
 - a) Gesundheitsgefährdungen 75
 - aa) Kindesmißhandlung 75
 - bb) Ausbeutung der Arbeitsleistung 79
 - cc) Behandlungsverweigerung 80
 - dd) Aids-Probleme 84
 - ee) Vernachlässigung 85
 - ff) Overprotection 88

J. von Staudingers
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

12., neubearbeitete Auflage

Viertes Buch

Familienrecht

§§ 1666–1672

Erläutert von

Dr. Michael Coester

Professor an der Universität Göttingen

Redaktor

Dr. Helmut Engler

Professor an der Universität Freiburg,
Minister in Baden-Württemberg a. D.

1991

Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., Berlin

4. Buch. 2. Abschnitt. Verwandtschaft

- gg) Gefährdung der Wertbildung 89
- b) Störungen der Bindungs- und Erziehungskontinuität 95
- c) Beschränkungen von Entwicklungs- und Entfaltungsmöglichkeiten 101
- d) Beschneidung des sozialen Kontakts 106
- e) Adoleszenzkonflikte 112
- f) Konflikte in Familien mit abweichendem kulturellen Hintergrund
- aa) Problemstellung 120
- bb) Internationalprivatrechtliche Vorfragen 122
- cc) Sachliche Probleme 126
- 3. Gefahrabwendungsprimat der Eltern 130

IV. Rechtsfolge: Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts, Abs 1 S 1, 2 Abs 2

- 1. Grundsätze 132
- 2. Einzelfragen 138
- 3. Folgen vormundschaftsgerichtlicher Eingriffe in elterliche Sorge 145

V. Entziehung der Vermögenssorge, Abs 3

- 1. Allgemeines 148
- 2. Tatbestand im einzelnen 150

VI. Verfahrensfragen

- 1. Zuständigkeit 152
- 2. Verfahren 153
- a) Einleitung 154
- b) Ermittlungen 156
- c) Insbesondere: Anhörungspflichten 158
- d) Insbesondere: Sachverständigengutachten 163
- e) Beschlüsse 169
- f) Vollzug 170
- 3. Rechtsmittel
- a) Einfache Beschwerde 174
- b) Weitere Beschwerde 176
- 4. Vorläufige Anordnungen 177
- 5. Kosten 180

VII. Auslandsbezüge

- 1. Internationale Zuständigkeit 181
- 2. Anzuwendendes Recht 183
- 3. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schutzmaßnahmen 184

Alphabetische Übersicht

Abwendungsprimat s elterlicher Erziehungsprimat
 Adoption 34, 52, 81, 140; **1666 a 8**
 – Ersetzung der elterlichen Zustimmung 14, 52, 140; **1666 a 5**
 Adoptiveltern 27, 67; **1666 a 8**
 Adoptivkind 46; **1666 a 8**
 Ärztliche Behandlung 40, 62, 69, 75, 80 ff, 112, 114 ff, 143
 Aids 69, 81, 84, 143
 Alkoholabhängigkeit
 – der Eltern 28, 73, 131
 – des Kindes 115
 Analphabeten 102
 Anhörung 61, 63, 130, 157 ff, 175, 178
 Anstaltsunterbringung
 – eines Elternteils 94, 103
 – des Kindes 44, 103; **1666 a 11**
 Anwalt des Kindes 155
 Arbeitsleistung des Kindes 79
 Aufenthaltsbestimmungsrecht 38, 40 f, 45, 93, 119, 127, 138 ff; **1666 a 4**
 Aufsichtspflegschaft 138
 Ausbildung 44, 67, 101, 113 f, 137
 Auskunftsanspruch des nichtehelichen Kindes auf Benennung des Vaters 106
 Ausländerkind 68, 77, 120 ff, 165, 181 ff; **1666 a 4**

Beeinflussung 63
 Berufswahl 112, 114
 Beschwerde 147, 174 ff
 Betreuungsdefizit 72, 86, 105, 150; **1666 a 4**
 Bindungen des Kindes 3, 45 f, 57, 59, 62 f, 68, 85, 90, 96 ff, 103, 109 f, 119, 126, 128, 140, 144, 153, 160, 166
 Bluttransfusion 80

 Drogenabhängigkeit
 – der Eltern 73, 86, 131
 – des Kindes 86, 93, 115; **1666 a 11**

 Ehetrennungszeit 38
 Einsichtsfähigkeit 83, 143, 163
 Einwilligungsfähigkeit 83, 114 f, 143, 163
 Einzelfallgerechtigkeit 6, 11, 132
 Elterlicher Erziehungsprimat 55, 64, 69, 72, 113, 126
 – Gefahrenabwehrprimat 4 f, 7 ff, 20, 23 f, 30, 67, 74, 130 f
 – Interpretationsprimat 6 f, 46, 67, 82
 Eltern-Kind-Verhältnis 75 f, 85, 87 f, 90, 97, 103, 119, 123, 183; **1666 a 8**
 Elternvorrang s elterlicher Erziehungsprimat
 Entscheidungsbegründung 162, 169

5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

- Entwicklungsstörungen 65, 87 f, 97, 103,
 105, 116, 133 ff, 137 f
 Erziehungsmethode 76 ff, 113, 120 f,
 123–126
 Erziehungsunvermögen 22, 24
 Erziehungsziel 59, 71, 75, 89 f, 93, 101,
 112 f, 119
 EuKindesEÜ 182
- Familiengemeinschaft 3, 6 f, 19, 108, 119,
 124, 141, 157; **1666 a 8**
 Familienunterstützende Hilfspflicht des
 Staates 3, 18 ff, 23, 41, 49, 105, 126,
 131 ff, 135 f, 157; **1666 a 1 ff**, 8, 10 ff
 FKK-Anhängerschaft 92
- Gefährdungsgrenze 7, 11, 23, 36, 64 ff, 76,
 113, 117
 Geistig behinderte Eltern 49, 105; **1666 a 5**
 Gesellschaftsinteressen 90
 Geschwister 27, 97, 109, 111, 136
 Großeltern 27, 46, 57, 68 ff, 75, 96 f, 109 f,
 119, 131, 137, 165
 Grundrechte
 – der Eltern 2 f, 11, 16 ff, 20, 22 f, 35, 64,
 67, 69, 73, 133 f, 141, 172; **1666 a 2 f**
 – des Kindes 2 f, 5, 7, 10 f, 20 f, 61, 69, 77,
 113, 118, 133 f, 155, 171 f; **1666 a 6**
 – des nasciturus 29 ff
 Grundrechtsfähigkeit 2, 29
- Haager KindesEÜ 182
 Haager MSA 54, 181 ff
 Heimeinweisung 137; **1666 a 4**, 6, 12
 Heimerziehung 133, 139
 Heimkind 97, 139
 Heranwachsender 62 f, 78, 80, 91, 93, 104,
 106, 112 ff, 126, 155, 172, 174; **1666 a 11**
 Herausgabeanordnung 57, 127, 172 f, 177
 Herausgabestreit 45 f, 96, 127 ff, 131, 177;
1666 a 4
- Impfung 81
 Indikation 32 ff, 82
 Inhaftierte Eltern 94, 103
 IPR 54, 122 ff, 181 ff
 Isolierung des Kindes 88, 101 ff, 106, 124,
 126
- Jugendamt 53, 131 f, 138, 154, 157 ff, 162,
 174, 178; **1666 a 2**, 10 ff, 16
- Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 45,
 53, 133, 138, 140; **1666 a 1 f**, 8, 10 ff
 Kindergarten 69 f, 102
 Kindesentführung 38, 142, 182
 Kindesschutzsystem 1 ff, 14, 17, 19 ff, 28,
 30 ff, 35, 41, 43, 49, 53 f, 59, 67, 74 f, 77,
 89, 124, 131, 133, 177; **1666 a 1**, 13, 15 f
 Kindeswille 59, 61 ff, 68, 96, 104, 109 f,
 114 f, 119, 126 ff, 160 f, 172, 185
 Kindeswohl, persönliches 1 ff, 6, 55 ff,
 71 ff, 89 f, 141, 165 f; **1666 a 1**, 4 ff
 – als Eingriffslegitimation 6 ff, 20 ff, 36,
 49, 55 ff, 129, 165 f; **1666 a 4**, 6
 – als Entscheidungsmaßstab 6, 11, 55 ff,
 129, 132 f, 165 f; **1666 a 4–6**
 – als Verfahrensrichtlinie 55, 153, 164,
 171 f
 Kindeswohlgefährdung 2, 8, 11, 13, 17 f,
 20 ff, 30 f, 36, 41, 44 ff, 53, 64 ff, 124,
 126 ff, 131 f, 141, 177; **1666 a 1**, 16
 – im geistig-seelischen Bereich 45 f, 75 f,
 79 f, 82, 85 ff, 96 ff, 124, 141
 – im körperlichen Bereich 30 f, 75 ff, 105,
 115 f, 124, 126 ff, 131, 157
 Kindeswohl als Vermögensinteresse 1, 36,
 148
 Kleinkind 61, 75, 78, 86, 107, 140, 153;
1666 a 6
 Kontaktbeschränkungen 106 ff
 Kontinuität 59, 90, 95 ff, 103, 107, 128,
 133, 153, 166, 169, 179; **1666 a 5**
 Kriminalität 94
 Kultureller Konflikt s Ausländerkind
- Legitimation 52
 Leihmutter 57
- Mädchen 121, 123 f, 126
 Maßnahmen gegen Dritte 4, 9, 23, 31, 74,
 93, 142, 155, 158
 – gegen Elternteil als Dritten 46, 142
 Mißbrauch 13 ff, 17, 20, 22, 24, 70 f, 73
 Mißhandlung 58, 75 ff, 105, 131, 157, 161,
 165; **1666 a 5**
 Moralische Gefährdung s Sittlichkeit
 Mündigkeit 78, 83, 113, 117
- Namenswechsel 100
 Nasciturus 28 ff
 Nichteheleche Lebensgemeinschaft 92
 Nichteheleche Mutter 27, 50, 106
 Nichtehelecher Vater 106
 Nichteheleches Kind 51 f, 106, 146, 183
 Nichtsorgeberechtigter Elternteil 27, 38,
 40, 42, 50 ff, 138, 147
 Nichtverheiratete Eltern 92, 96
- Operation 62, 80, 114 ff, 143
 Overprotection 88, 101, 104, 116
- Personensorge 1 f, 4, 6, 23, 27, 30 f, 36, 42,
 45, 48 f, 62, 74, 142, 174
 Personensorgeentzug 4, 24, 39 ff, 45 f, 50 f,
 138 f, 145 ff, 170, 173 f, 177; **1666 a 1**, 3 f,
 12, 17 f

Pflegeeltern 27, 45 f, 57, 67 f, 96 f, 107, 125, 127 ff, 131, 133, 139 f, 153, 158, 165, 172, 174; **1666 a** 4, 6, 8, 12, 17

Pflegekind 45 f, 68, 96 f, 107, 126 ff, 139 f, 153, 158, 165, 172, 174; **1666 a** 4, 6, 8, 12

Pfleger 27, 34, 39, 47, 143, 145 ff, 173; **1666 a** 7, 18

Pflichtgebundenheit der elterlichen Sorge 2, 6 f, 48, 172

Pflichtwidrigkeit elterlichen Verhaltens 7, 17 ff, 26, 48, 53, 70, 72, 110

Prostitution 92; **1666 a** 11

Psychiatrische Zwangsbehandlung 172

Psychotherapeutische Behandlung 75, 80, 116, 138, 157, 169

Refunktionalisierung der Familie 3, 19, 25, 133, 136; **1666 a** 1, 12

Religion 80, 93, 99, 120 f, 123 f

Sachverständigengutachten 60, 163 ff, 175

Scheidung 37 ff, 93, 100

– Scheidungsfamilie 37 f, 41

– Scheidungskind 41, 52

Scheinvater 27

Schönheitsoperation 80

Schulbesuch 40, 65, 70, 101, 125 f, 137

Schwangerschaftsabbruch s nasciturus

– bei Tochter 28, 32 f, 82 f, 87, 115 f, 143

Sekte 93, 123

Selbstbestimmung des Kindes 61 f, 106, 112 f, 117 ff, 126, 128, 143

Selbstmordgefahr 126

Sexualität

– der Eltern 91 f, 141

– des Kindes 91, 118

Sexueller Mißbrauch 75, 91

Sittlichkeit 57, 76, 89, 91 f, 141

Sorgerechtscheidung gem §§ 1671, 1672 38 ff, 57

Stabilitätsgrundsatz 97 f, 133

Sterilisation 115 f

Stiefeltern 27, 96, 119

Subsidiaritätsklausel s elterlicher Erziehung primat

Tagesbetreuung 87; **1666 a** 10

Teilfamilie 41; **1666 a** 8

Teilmündigkeit 62, 114

Trennung von Eltern und Kind 4, 25, 45, 84, 101, 103, 105, 125 ff, 132, 136 ff, 153, 157, 177; **1666 a** 1, 3–16

Übersiedlung ins Ausland 68, 97, 104, 126, 165, 182

Umgangsbestimmungsrecht 48, 106 ff, 112, 117

Umgangsrecht

– der Geschwister 57, 109, 111

– der Großeltern 69 f, 109 f, 137

– der Pflegeeltern 107, 111

– des nichtehelichen Vaters 106

– des nichtsorgeberechtigten Elternteils 51 f, 138, 147

– des Stiefelternteils 108, 111

– entfernterer Verwandter 111

Umplazierung 25, 46, 53, 61, 68, 96 ff, 107 f, 131, 133, 139, 165, 172, 177

Unterhaltspflichtverletzung 1, 36, 72, 148 ff

Verbleibensanordnung gem § 1632 Abs 4 45 f, 107, 128, 131, 136, 139; **1666 a** 4, 8, 17

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 4, 7, 20, 39, 45, 49, 69, 130, 134 ff, 151, 172; **1666 a** 1, 3 f, 9, 15, 17

Vermögenssorge 1, 36, 72, 132, 148 ff

Vernachlässigung 13 ff, 17, 22, 24, 36, 70, 72 f, 85 ff

Versagen, elterliches 14 ff, 20, 22, 24, 70, 73

Verschulden, elterliches 12 ff, 25 f, 73, 75

Vollstreckung 127, 170 ff

Vorläufige Anordnung 25, 38, 98, 132, 136, 162, 175, 177 ff; **1666 a** 16

Vormund 27, 39, 145 f, 173

Wächteramt des Staates 2, 11, 20, 41, 55, 64, 67, 69, 85, 89, 93, 113, 154

Wertbildung 18, 57, 60, 73, 85, 89 ff, 120, 141

Zeitfaktor 133, 140; **1666 a** 12

Zeugen Jehovas 80

I. Allgemeines

1 1. Normbedeutung, Verfassungsrecht

Entsprechend der Aufgliederung der elterlichen Sorge in Personen- und Vermögenssorge in § 1626 Abs 1 S 2 setzt auch die **Zentralvorschrift des zivilrechtlichen Kindesschutzes** getrennt an: Das persönliche Wohl des Kindes ist Schutzgegenstand der §§ 1666, 1666 a, seinen Vermögensinteressen gelten die Schutzvorschriften der §§ 1667, 1670. Als Grenzfall erlaubt § 1666 Abs 3 die Entziehung auch der Vermö-

genssorge, wenn die Eltern das Kindeswohl durch Nichtgewährung des geschuldeten Unterhalts verletzt haben.

Die Begriffe *Personensorge* und *Pflege und Erziehung* iSd Art 6 Abs 2 GG sind 2 weitgehend inhaltsgleich. §§ 1666, 1666 a können demnach als zivilrechtliche Ausführungsvorschriften von Art 6 Abs 2, 3 GG angesehen werden (vgl ERICHSEN-REUTER 30: „Abbildung und Entfaltung verfassungsrechtlicher Vorgabe“). § 1666 Abs 1 S 1 zieht die Konsequenz aus der Pflichtgebundenheit elterlichen Sorgerechts (BVerfGE 24, 119, 144; im einzelnen Erl zu § 1626) und bezeichnet die Grenze, an der der Staat mangels elterlicher „Sorge“ für das Kind iSd Art 6 Abs 2 S 1 GG kraft seines Wächteramtes (Art 6 Abs 2 S 2 GG) zum Einschreiten befugt ist (Sondervorschriften zur selben Thematik §§ 1631 a Abs 2; 1631 b; 1632 Abs 4; vgl auch 1631 Abs 2; zum KJHG unten Rz 53). Diese Grenze wird vom Kind her definiert: Es ist (spätestens) mit der Geburt Rechts- und Grundrechtsträger (zum nasciturus unten Rz 28 ff), und die Überantwortung seines persönlichen Schutzes und Entwicklungsanspruchs an Privatpersonen (Eltern) muß ihre Exklusivität (Art 6 Abs 2 S 1 GG: *zuvörderst*) einbüßen, wenn es dennoch – aus welchen Gründen auch immer – zu erheblichen Gefährdungen des Kindeswohls kommt, die die Eltern nicht abwehren können oder wollen (vgl Rz 7, 8). Demgemäß wird § 1666 in erster Linie auf Art 6 Abs 2 S 2 GG bezogen, beide Vorschriften dienen nach allgemeiner Auffassung der **Wahrung der Kindesgrundrechte** (BVerfGE 24, 119, 144; NJW 1982, 1379; NJW 1986, 3129 f; ERICHSEN-REUTER 47 f mwN). Diese Funktion läßt staatliche Schutzeingriffe auch dann als verfassungsrechtlich legitim erscheinen, wenn die Eltern an der Kindesgefährdung kein Verschulden trifft (BVerfG NJW 1982, 1379, 1380, unter Betonung jedoch von § 1666 a; NJW 1986, 3129, 3130; zum Verschuldensaspekt noch Rz 12–16). Zugleich dienen §§ 1666, 1666 a aber *auch* dem *Recht der Eltern* aus Art 6 Abs 2 S 1 und Abs 3 GG, soweit diese Artikel den Rahmen der elterlichen Handlungsfreiheit und ihres Rechts auf Zusammenleben mit dem Kind bezeichnen (vgl BVerfGE 55, 171, 181; NJW 1982, 1379, 1380; NJW 1986, 3129, 3130). Schließlich soll § 1666 noch dem „legitimen Interesse der staatlichen Gemeinschaft an der Erziehung des Nachwuchses“ dienen (BVerfGE 24, 119, 144; vgl aber auch unten Rz 57, 89).

Über die Supplementärnorm des § 1666 a gerät darüber hinaus Art 6 Abs 1 GG in 3 das Blickfeld kindesschutzrechtlichen Denkens. Diese Vorschrift will einer verkürzten Sicht der Familie als „Arena für einen Zweikampf zwischen Eltern- und Kindesrechten“ wehren (krit schon SIMITIS, in: GOLDSTEIN ua I 108). Konzeptionell familienzerstörender Individualschutz für das Kind wäre nicht nur unverträglich mit Art 6 Abs 1 GG, sondern würde auch den wohlverstandenen Interessen des Kindes zuwiderlaufen: Bindungen, Verhaltensweisen und persönliche Entwicklung der einzelnen Familienmitglieder sind eng miteinander verknüpft, grobes Fehlverhalten der einen oder anderen Seite ist – soweit man die Hilfe für das betroffene Kind in den Mittelpunkt stellt – nur Indiz für ein „familienpathologisches Syndrom“ (für viele ZENZ, Kindesmißhandlung 70, 96, 243, 245, 255, 262, 296, 304–306, 321, 328 f, 338, 340 f, 343, 378 f, 391). Die beste Hilfe für das Kind besteht in Unterstützung und Refunktionalisierung seiner Familie. Die Verpflichtung des Staates auf vorrangige Ausschöpfung familienunterstützender Interventionsmöglichkeiten ist verfassungsrechtlich notwendiges Pendant zur Ablösung staatlichen Kindesschutzes von subjektiver elterlicher Verantwortlichkeit in § 1666 Abs 1 (BVerfG NJW 1982, 1379, 1380; Einzelheiten bei § 1666 a).

4 2. Entstehungsgeschichte

§ 1666 ist durch das SorgeRG wesentlich verändert worden – zuvor hatte die ursprüngliche Fassung durch das GleichberG nur textliche Anpassungen und marginale Veränderungen erfahren (zur Vorgeschichte und gesetzlichen Entwicklung im einzelnen Voraufgabe Rz 2–6; ZENZ, Kindesmißhandlung 311 ff; HIRSCH 78 ff). Die Sorgerechtsreform von 1979 zielte auf die Verbesserung des Schutzes gefährdeter Kinder. Dem diente die Erweiterung der beachtlichen Gefährdungsursachen (unverschuldetes Elternversagen, gefährdendes Verhalten Dritter, Abs 1 S 1) sowie der Handlungsmöglichkeiten des VormG (Möglichkeit von Maßnahmen mit unmittelbarer Wirkung gegen Dritte, Abs 1 S 2, und der Ersetzung von elterlichen Erklärungen, Abs 2). Als Gegengewicht für die erweiterten Interventionsmöglichkeiten ist die Betonung des elterlichen Primats zur Gefahrenabwehr in Abs 1 S 1 zu sehen; gleiches gilt für die Hervorhebung und Konkretisierung des Grundsatzes der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit bei besonders schwerwiegenden Eingriffen in die elterliche Sorge, dh den Entzug der gesamten Personensorge und die Trennung von Eltern und Kindern, § 1666 a.

5 3. § 1666 im System des Rechtsschutzes für Kinder

Die im Grundsatz unbestrittene Anerkennung des Kindes als Rechtspersönlichkeit und Grundrechtsträger verbietet eine systematische Einordnung des § 1666 in eine (diffuse) Kategorie „staatliche Fürsorge für Unmündige“ oder bloßer „Jugendhilfe“ (grundlegend HINZ, Kindeschutz 22 und passim). Vielmehr ist die Vorschrift integrativer *Teil eines Rechtsschutzsystems für das Rechtssubjekt Kind*. Allerdings ist dieser Rechtsschutz im Vergleich zum allgemeinen, auf Erwachsene bezogenen zivilrechtlichen Rechtsschutzsystem in besonderer Weise ausgestaltet (HINZ 25–27: Rechtsschutzmethode sui generis) – bedingt durch die Fürsorge- und Entwicklungsbedürftigkeit von Kindern und die vorrangige Übertragung der umfassenden Verantwortung für das Kind auf seine Eltern. Demgemäß ist hinsichtlich des Kindesrechtsschutzes zu unterscheiden zwischen dem Verhältnis des Kindes zu seinen Eltern und zu Dritten.

- 6 Auch wenn man im **Verhältnis zu den Eltern** einen Anspruch des Kindes auf pflichtgemäße Ausübung der elterlichen Sorge bejaht (so HINZ 23 f; MünchKomm-HINZ Rz 6), so folgt hieraus nach allgemeiner Auffassung doch nicht die Möglichkeit, diesen Anspruch durch Verpflichtungs- und Unterlassungsklage gegen die Eltern durchzusetzen – allgemein-zivilrechtlicher Rechtsschutz im Verhältnis zu den Eltern findet nicht statt (GERNHUBER § 49 VIII 2; MünchKomm-HINZ Rz 6; HINZ 22 ff; COESTER-WALTJEN NJW 1985, 2175, 2176 f; vgl auch OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 85 f; unzutreffend deshalb AG Köln NJW 1985, 2201; ROTH-STIELOW NJW 1985, 2746 [Unterlassungsanspruch des ungeborenen Kindes gegen die Mutter, geltendgemacht durch den Vater nach Übertragung gem § 1628, dazu noch Rz 31]). Der Grund hierfür liegt zum einen in der existentiellen Verbindung von Eltern und Kind in einer Familiengemeinschaft, deren Komplexität durch Annahme eines schuldrechtlichen Anspruchsverhältnisses grob verfehlt würde. Zum zweiten ist den Eltern nicht nur die Wahrung und Förderung der Kindesinteressen übertragen, sondern schon – in einem weiten Vertretbarkeitsrahmen – deren Interpretation: Was „Kindeswohl“ und damit zu einem guten Teil auch „Kindesrecht“ ist, ist im Regelfall nicht objektiv vorgegeben, sondern wird durch die Eltern im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens erst bestimmt (ERICHSEN-REUTER 36, 51–53; KNÖPFEL FamRZ 1986, 1211, 1213 f; im Grundsatz auch BVerfG FamRZ 1986, 871, 874; FamRZ 1986, 1079). Drittens schließlich ist das Instrumentarium zivilistischen

Rechtsschutzes auch bei klaren Rechtsverletzungen – jenseits vertretbaren Elternverhaltens ungeeignet, die Interessen des Kindes zu verwirklichen: Das individualitäts- und umständebedingte Fürsorgebedürfnis des Kindes bleibt auch bei sachlichem Ausfall der Eltern bestehen, die Verwirklichung seiner Rechte erfordert entsprechende Ermessens- und Handlungsfreiheit des Richters an Stelle antragsgebundener Anspruchsdurchsetzung.

Die situationsbedingte Ungeeignetheit allgemein-zivilistischen Rechtsschutzes ändert jedoch nichts an der Verpflichtung des Staates, den Rechtsschutz und die Grundrechtsverwirklichung von Kindern zu gewährleisten (zu dieser Verpflichtung ERICHSEN-REUTER 17 ff, 26 f: folgend aus dem Sozialstaatsprinzip und der objektiven Wertordnung des GG). § 1666 ist deshalb als Erfüllung dieses verfassungsrechtlichen Auftrags, als *in Tatbestand und Rechtsfolge modifizierte Form des Rechtsschutzes für Kinder an Stelle des allgemein-zivilistischen Rechtsschutzes* zu verstehen (nähere dogmatische Grundlegung und Verteidigung bei HINZ, Kindesschutz passim). Im einzelnen gilt: Interessenverwirklichung und Rechtsschutz des Kindes sind zunächst der umfassenden Verantwortung der Eltern zugewiesen (das gilt auch für nicht-disponible Fundamentalrechte des Kindes: Lebens- und Gesundheitsschutz zB ist selbstverständlich zuvörderst elterliche Sorgepflicht; zu gegenteiligen Auffassungen im Rahmen der Abtreibungsdiskussion unten Rz 30). Staatlicher Rechtsschutz gem §§ 1666, 1666 a setzt erst bei Erreichung der gesetzlich bezeichneten *Eingriffsschranke* ein – elterliche Sorgepflichtverletzungen, die nicht zu einer erheblichen Kindesgefährdung führen, bleiben sanktionslos (GERNHUBER § 49 VIII 1; Münch-Komm-HINZ Rz 6). Derartige mindere Einbußen seines Individualinteresses werden dem Kind von der Rechtsordnung zugemutet im Hinblick auf den übergreifenden Vorteil der familiären Eingebundenheit und Integrität (vgl GOLDSTEIN ua II 19 und öfter: primäres Bedürfnis nach autonomen Eltern; COESTER in: 6. DFGT 35, 37). Staatsintervention unterhalb der Gefährdungsgrenze würde mehr schaden als nützen, ist also generell nicht „erforderlich“ iS des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (vgl unten Rz 134 ff). Überdies fehlen zumeist schon objektive Kriterien zur Feststellbarkeit elterlicher Pflichtverletzung: Neben dem Interpretationsprimat der Eltern (Rz 6) ist zu beachten, daß die Eltern nicht nur die Interessen dieses Kindes, sondern auch die der anderen Familienmitglieder legitimerweise berücksichtigen dürfen (vgl COESTER, Kindeswohl 209–214; ZENZ, Kindesmißhandlung 69). Das Zurückstecken von Individualpositionen gehört zur täglichen Realität einer harmonischen Familiengemeinschaft, ist gewissermaßen deren Funktionsbedingung, insofern darf es von den Eltern auch dem Kind angesonnen werden.

Aber auch bei Kindesgefährdungen iS des § 1666 Abs 1 S 1 sind zunächst noch einmal *primär die Eltern* zum gefahrenabwendenden Kindesschutz aufgerufen (Rz 130, 131), staatlicher Schutz ist subsidiär und auch dann vorzugsweise *mit* den Eltern und nicht gegen sie zu verwirklichen (**Subsidiaritätsklausel** in Abs 1 S 1, § 1666 a). Das gilt auch, wenn die Gefahr nur von einem Elternteil ausgeht: Hier ist primär der andere Elternteil zur Abwehr berufen (COESTER-WALTJEN NJW 1985, 2175, 2176), staatlicher Rechtsschutz wird erst ausgelöst, wenn auch dieser Elternteil insoweit versagt (unbeschadet der Möglichkeit, daß der Elternteil in Ausübung seiner Sorgepflicht staatlichen Schutz „hinzuruft“, weil er allein zur Gefahrenabwehr nicht imstande ist [kein Fall des § 1631 Abs 3], vgl COESTER-WALTJEN 2177; verkannt von Roth-Stielow NJW 1985, 2746; s auch Rz 9, 142).

Im **Verhältnis zu Dritten** verläuft der gerichtliche Rechtsschutz für Kinder *zweispurig*. Die Eröffnung von vormundschaftsgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten Dritten gegenüber (Abs 1 S 2) kann nicht verstanden werden als Ausschluß allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsschutzes, den einzuschränken oder zu modifizieren insoweit

kein Anlaß besteht. Die Eltern sollten nur nicht mehr gezwungen sein, die Rechte des Kindes auf dem „Umweg über das Zivilgericht“ wahren zu müssen (BT-Drucks 8/2788, S 39, 59). Sie *können* diesen Weg aber nach wie vor gehen (als Vertreter des Kindes; nicht zu erörtern ist hier ein Vorgehen der Eltern aus eigenem Recht, etwa gem §§ 823, 1004, dazu MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 9 mwN), unabhängig von der Möglichkeit vormundschaftsgerichtlichen Einschreitens von Amts wegen oder auf elterliche Anregung hin. Das Verhältnis beider Rechtsschutzmöglichkeiten im einzelnen ist noch unausgelotet, etwa die Auswirkungen vormundschaftsgerichtlichen Vorgehens auf das zivilprozessuale Rechtsschutzinteresse des Kindes. Sind umgekehrt die Eltern für das Kind bereits auf dem Zivilrechtsweg gegen den Dritten vorgegangen, so haben sie damit idR ihren Primat zur Gefahrabwendung (Abs 1 S 1) wahrgenommen, der Eingriffstatbestand für das Vormundschaftsgericht entfällt. Ziehen es die Eltern hingegen vor, vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen gegen den Dritten anzuregen, so bedarf es bei sinnvoller Gesetzesinterpretation vor einem Einschreiten nicht mehr der richterlichen Feststellung, daß die Eltern zur Gefahrabwendung nicht gewillt oder in der Lage seien: Elterlicher und vormundschaftsgerichtlicher Kindesschutz fallen bei der „gerufenen“ Intervention zusammen, der elterliche Primat ist gegenstandslos (andernfalls könnten Eltern die durch Abs 1 S 2 intendierte Entlastung nur um den Preis wahrnehmen, sich Unfähigkeit oder Unwillen zur Gefahrabwendung attestieren zu lassen).

- 10 Ist nur einer von beiden Elternteilen bereit, die vom Dritten ausgehende Kindesgefährdung mit gerichtlicher Hilfe abzuwenden, so genügt seine Anregung beim VormG. Bei zivilprozessualen Vorgehen hingegen erweist sich die **Kindesvertretung** als problematisch: Grundsätzlich gilt Gesamtvertretung (§ 1629 Abs 1 S 2), ein gesetzlicher Fall der Alleinvertretung (§§ 1629 Abs 1 S 3, 1673–1675, 1678) liegt nicht vor. Da es regelmäßig um den notwendigen Schutz des Kindes und nicht um Entscheidungsfragen im Rahmen elterlicher Sorgeausübung geht, entfällt die Möglichkeit einer Entscheidungsübertragung nach § 1628 Abs 1 (aA STÜRNER Jura 1987, 75, 80). Dennoch gibt es Wege, zu einer Alleinvertretung des Kindes durch einen Elternteil zu gelangen (übersehen von BIENWALD FamRZ 1985, 1096, 1101): (1) Das VormG kann dem Elternteil, der Klage gegen den Dritten nicht erheben will, gem §§ 1629 Abs 2 S 3 m 1796 das Vertretungsrecht entziehen mit der Folge, daß der andere Teil das Kind allein vertritt (MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 42); (2) bei der Erfüllung elterlicher Pflichten ohne Ermessensspielraum wird in teleologischer Reduktion des § 1629 Abs 1 S 2 häufig Alleinvertretung durch jeden Elternteil angenommen (so zB für öffentlich-rechtliche Pflichten, vgl MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 14 mwN) – dies könnte auch für gebotene Kindesschutzmaßnahmen gelten; (3) bei Gefahr für Persönlichkeitsrechte des Kindes aus Art 1, 2 GG hat das BVerfG in Einzelfällen die Vertretungsregeln des § 1629 aus verfassungsrechtlichen Gründen suspendiert (BVerfGE 55, 171, 176, 178; NJW 1986, 3129, 3130; vgl auch FamRZ 1986, 769, 772f = NJW 1986, 1859; dazu MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 24) – auch unter diesem Aspekt könnte die Vertretung des Kindes allein durch einen Elternteil begründet werden.

4. Normstruktur

11 a) Tatbestandsaufbau, Generalklausel

Dem Wortlaut nach enthält § 1666 Abs 1, 2 drei Tatbestandselemente: Kindeswohlgefährdung, alternativ vier Gefährdungsursachen und fehlende Gefahrabwendung durch die Eltern. Der Wortreichtum der Vorschrift kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß sie keine lex descriptiva, sondern **die Generalklausel des**

Kindesschutzrechts ist, die stets eingreift, soweit nicht einzelne Schutzthemen in Sondervorschriften „ausgelagert“ sind (zB §§ 1631 a Abs 2, 1632 Abs 4). Das gestalterische, rechtsschöpferische Element vormundschaftsrichterlicher Tätigkeit ist unübersehbar auf der Rechtsfolgenreise der Norm („erforderliche Maßnahmen“), es liegt aber auch schon auf der Tatbestandsseite vor: ungeachtet aller (meist unbestimmten) Begriffe, mit denen die Eingriffsvoraussetzungen umschrieben werden, bleibt dem Richter die verantwortliche Entscheidung, ob die im allgemeinen von der Rechtsordnung vorgegebene Abgrenzung elterlicher und staatlicher Kompetenzen im konkreten Fall ein Einschreiten legitimiert, maW: Ob die Gefährdung *dieses* Kindes im Lichte seiner rechtlich geschützten Interessen, des Elternrechts aus Art 6 Abs 2 S 1 GG und des staatlichen Wächteramts so schwerwiegend ist, daß gerichtlich zum Schutz des Kindes eingegriffen werden muß. Angesichts der Umstände- und Individualitätsbezogenheit dieser Fragestellung gibt es zur generalklauselartigen Lösung im Gesetz keine Alternative, die Kritik am richterlichen Entscheidungsspielraum (MNOOKIN FamRZ 1975, 1 ff; DIEDERICHSEN FamRZ 1978, 461, 468; GERNHUBER, Neues Familienrecht 52, 90 ff; *ders*, FamRZ 1973, 229, 230; GIESEN FamRZ 1977, 594) verkennt die rechtliche Regelungsproblematik (zur Konkretisierung des Kindeswohls noch Rz 56 ff).

b) Elterliches Verschulden

12

Der Stellenwert elterlicher Schuld in § 1666 aF war umstritten. Während die hM und vor allem die Rechtspraxis ein Verschuldenserfordernis in den Eingriffstatbestand hineinlas (Nachw Voraufgabe Rz 2, 194; HARMS 61–63), setzte nach einer Mindermeinung das Gesetz elterliches Verschulden von vornherein nicht voraus (GÖPPINGER in: Voraufgabe Rz 194 ff; GERNHUBER FamRZ 1973, 229, 234). Einigkeit bestand vor der Sorgerechtsreform jedenfalls darüber, daß sich ein Verschuldenserfordernis zur Begrenzung richterlicher Eingriffsmacht als untauglich erwiesen habe, daß es eine sinnvolle, kindesorientierte Interventionspraxis eher behindere, daß es die Chance zur Überzeugung und Kooperation der Eltern verbaue und daß es auch verfassungsrechtlich nicht geboten sei (BT-Drucks 8/2788, S 38 f; ERICHSEN-REUTER 66; ZENZ, Kindesmißhandlung 315–320; HAPPE in: FS Stutte [1979] 203, 213; KNÖPFEL FamRZ 1977, 605; zur verfassungsrechtlichen Lage insbes REUTER, Kindesgrundrechte [1968]). Die Eröffnung von Eingriffsmöglichkeiten auch bei unverschuldetem Elternversagen war deshalb zentrales Anliegen der Reform, die entsprechende Neufassung des Abs 1 ist zur Wahrung der Kindesinteressen verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden (BVerfG NJW 1982, 1379, 1382 = E 60, 79; ERICHSEN-REUTER 67 f: sogar verfassungsrechtlich geboten).

Die Verschuldensdiskussion setzt sich jedoch nach der Reform fort bezüglich der Frage, ob jedenfalls die gesetzlichen Verhaltensalternativen „Mißbrauch“ und „Vernachlässigung“ elterliches Verschulden voraussetzen (so GERNHUBER § 49 VIII 3; JANS-HAPPE Rz 18; SOERGEL-STRÄTZ Rz 30; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 14; DIEDERICHSEN NJW 1980, 1, 7; D SCHWAB, Familienrecht Rz 453) oder ob der gesamte Tatbestand des Abs 1 nunmehr „verschuldensfrei“ zu interpretieren ist (Münch-Komm-HINZ Rz 21; SCHLÜTER, Familienrecht § 22 VI 2 a; SALGO, Pflegekindschaft 190; HARMS 66 f). Die Rechtsprechung bezieht selten dezidiert Stellung (iS der zweiten Auffassung jedoch OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271), statt dessen ist es üblich geworden, die Verschuldensfrage dahingestellt sein zu lassen, weil – nach Feststellung erheblicher Kindesgefährdung – „jedenfalls“ objektives elterliches Versagen ausreicht (BayObLG FamRZ 1980, 1062, 1063; FamRZ 1980, 1064, 1065; FamRZ 1981, 86; DAVorm 1983, 381, 386; ZBlJugR 1983, 302, 306; FamRZ 1984, 929, 930; KG FamRZ 1981, 590, 591 [zust LUTHIN 592]; OLG Düsseldorf FamRZ

1984, 1258, 1259; OLG Frankfurt/M FamRZ 1980, 284, 285; FamRZ 1983, 530; vgl HARMS 66: „inzwischen ständige Rechtsprechung“).

- 14 Der zweiten Auffassung ist zuzugeben, daß die sachlichen Einwände gegen das (angebliche) Verschuldenserfordernis in § 1666 aF (keine wirkliche Erhöhung der Eingriffsschwelle, Behinderung effektiven und familienfördernden Kindesschutzes) auch gegen seine teilweise Geltung im neuen Tatbestand durchgreifen. Außerdem würde ein gänzlich verschuldensunabhängiger § 1666 besser in das weitere System des Kindesrechtsschutzes passen (§§ 1631 a Abs 2, 1671 Abs 5 setzen unstreitig kein elterliches Verschulden voraus; zT gilt dies auch für § 1748). Schließlich ist festzustellen, daß der bloße Wortsinn von „Mißbrauch“ und „Vernachlässigung“ nicht notwendig subjektive Vorwerfbarkeit impliziert (so schon VoraufI Rz 195, 196). Maßgeblich für den Inhalt einer Norm ist jedoch nicht ihre rechtspolitische und -systematische „Richtigkeit“, sondern der in der Vorschrift zum Ausdruck gekommene objektivierte Wille des Gesetzgebers. Die Gesetzesverfasser sind offensichtlich von einer Verschuldensabhängigkeit der ersten beiden Verhaltensalternativen ausgegangen (BT-Drucks 8/2788, S 33, 39), und die pointierte Sonderung der Versagensformen „Mißbrauch“ und „Vernachlässigung“ vom „unverschuldeten Versagen“ hat diese Vorstellung der Gesetzesverfasser unmißverständlich zum Ausdruck gebracht (GERNHUBER § 49 VIII 3 Fn 5). Diese Sicht liegt auch der verbreiteten richterlichen Begründungspraxis zugrunde, die sich mit der Feststellung „jedenfalls“ unverschuldeten Versagens begnügt (oben Rz 13).
- 15 Voraussetzung dieser Praxis ist jedoch, daß die **Versagensalternative als übergreifender Auffangtatbestand** verstanden wird und nicht als exzeptionelles Zugeständnis an das Kindesrecht, von dem nur bei Erreichen einer objektiv erhöhten Eingriffsschwelle Gebrauch gemacht werden darf (so wohl D SCHWAB, Familienrecht Rz 453: Bei fehlender individueller Schuld der Eltern Beschränkung des Eingriffs auf „äußerste Ausnahmefälle“). Letztere Interpretation findet allerdings weder in der Gesetzesgeschichte noch im Gesetzeszweck (umfassender Schutz gefährdeter Kinder) eine Stütze (HARMS 65), und in sprachlicher Hinsicht umfaßt „Versagen“ als Oberbegriff alle Formen des Ausfalls elterlicher Schutz- und Sorgefunktion, einschl der farbigeren Varianten „Mißbrauch“ und „Vernachlässigung“ (so implizit auch BT-Drucks 8/2788, S 39).
- 16 Erweist sich damit das Ausweichen der Gerichte auf den Auffangtatbestand des „unverschuldeten Versagens“ als legitim, so wird hierdurch nur die Verfehltheit der gesetzlichen Konzeption besonders augenfällig: Ein Verschuldenserfordernis wird in den beiden ersten Tatbestandsvarianten als vermeintlich dem Elternrecht geschuldeter Tribut aufgebaut und sodann in der dritten Variante letztlich für unmaßgeblich erklärt. Dadurch erhält nicht nur die Verschuldensdiskussion rein akademischen Charakter, es werden auch die ersten beiden Varianten elterlichen Verhaltens insgesamt überflüssig – es bleibt die Frage, ob dies nicht für den Normbezug auf elterliches Verhalten schlechthin gelten muß (vgl Rz 22–24).

17 c) Elterliche Pflichtwidrigkeit

Nach verbreiteter, vor allem von HINZ begründeter Auffassung (Kindesschutz 21 ff; vgl auch VoraufI Rz 1, 194 ff) übernimmt das *ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit (Pflichtwidrigkeit) elterlichen Verhaltens* die Sicherungsfunktion zugunsten des Elternrechts, die nach der früher hM dem Verschuldenserfordernis zudedacht war. Das Verständnis des Kindesschutzes in § 1666 als Form zivilistischen Rechtsschutzes sui generis setze eine Kombination von rechtsgutsbezogener Unrechtsbetrachtung (Kindeswohlgefährdung) mit handlungsbezogener Rechtswidrigkeit (Pflichtverletzung der Eltern) voraus (HINZ aaO sowie in MünchKomm-HINZ

Rz 20). Hierdurch werde der staatliche Kindesschutz konkretisiert und berechenbarer (aaO 33), Eingriffe ins Elternrecht ohne Bezug auf elterliche Pflichtverletzungen seien verfassungsrechtlich bedenklich (aaO 40). Konsequenterweise müsse auch *Kausalität* zwischen elterlicher Pflichtverletzung und Kindesgefährdung verlangt werden (MünchKomm-HINZ Rz 27, 28; ähnlich PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 4; RICHTER, AK zum GG Art 6 Rz 38, 35; ERICHSEN-REUTER 55 f, 68–71, 113, 116 f; HORNDASCH 138; BEITZKE FamRZ 1979, 8, 9).

Während das Merkmal der Pflichtwidrigkeit in den beiden Verhaltensweisen „Mißbrauch“ und „Vernachlässigung“ zweifellos enthalten ist, soll es nach vorstehender, wohl überwiegender Auffassung doch auch Eingriffsvoraussetzung für den gesamten Tatbestand des § 1666 Abs 1 S 1 sein. Dabei wird „Pflichtwidrigkeit“ nicht vom Kind her definiert als „objektiver Ausfall elterlicher Schutz- und Sorgefunktion“ (dann wäre sie identisch mit dem Erfordernis des Kindeswohlgefährdung), sondern auf das elterliche Verhalten bezogen, das seinerseits gemessen wird an rechtlichen und gesellschaftlichen Verhaltensstandards, die in ihrer Gesamtheit das bezeichnen, was zu einer gegebenen Zeit als „elterliche Pflichterfüllung gegenüber dem Kind“ verstanden wird. Hieraus ergibt sich die theoretische Möglichkeit des Auseinanderfallens von Kindeswohlgefährdung und elterlicher Pflichtwidrigkeit (zur entspr Diskussion bei § 1667 s dort Rz 2).

Gegen diese Auffassung sind durchgreifende *Einwände* erhoben worden (vgl ZENZ, 18 Kindesmißhandlung 320–336, 347; HARMS 119–139, 143–166; KNÖPFEL FamRZ 1977, 600, 604 f; SCHWERDTNER DAVorm 1982, 617, 619). Zunächst ist das Merkmal der Pflichtwidrigkeit als zusätzliche, eigenständige Eingriffsschwelle nicht geeignet. Soweit pflichtwidriges Verhalten der Eltern nicht zu einer Kindeswohlgefährdung führt, bleibt es im Rahmen von § 1666 irrelevant (Rz 7). Wird aber das Kind ohne nachweisbare elterliche Pflichtverletzung gefährdet, wäre die Rechtspraxis vor das Dilemma gestellt, entweder – wie bisher beim Verschuldenserfordernis – zum Schutze des Kindes „Pflichtwidrigkeiten“ zu konstruieren, auch wenn dies nach allgemeinen Kriterien eigentlich nicht möglich wäre (zutr KNÖPFEL aaO), oder aber sich offen zu einer Schutzlücke zu bekennen (so ERICHSEN-REUTER 55 f mwN: Kindeswohlgefährdungen ohne Bezug zu objektiven elterlichen Pflichtverletzungen berechtigen nicht zum staatlichen Eingriff). Will man dieses entweder rechtsdogmatisch oder rechtspolitisch anstößige Ergebnis vermeiden, bleibt nur die Zuflucht zur *Kindeswohlgefährdung als letztlich maßgeblichem Gesichtspunkt* (aufs ZENZ aaO). Allerdings versteht HINZ selbst die Pflichtwidrigkeit nicht als zusätzliches, eingriffserschwerendes Merkmal – es solle nur der Klarstellung dienen (Kindesschutz 38). Nur wird dann nicht deutlich, wieso dieses Merkmal das Elternrecht zu schützen geeignet und deshalb verfassungsrechtlich geboten sein soll (vgl oben Rz 17).

Die Befürworter des Pflichtwidrigkeitskriteriums setzen sich auch nicht mit dem 19 naheliegenden Problem auseinander, daß der Vorwurf rechtswidrigen Handelns, müßte er in die Entscheidungsbegründung aufgenommen werden, im Lichte eines familienunterstützenden, auf Refunktionalisierung zielenden Schutzansatzes (§ 1666 a) gleichermaßen kontraproduktiv wirken müßte wie der früher geforderte Schuldvorwurf (KNÖPFEL 605; vgl 604: „... sonderbare Konstruktion, einem Elternteil mehr Pflichten aufzuerlegen, als er zu tragen imstande ist, um ihm dann Pflichtverletzung vorzuwerfen“). Aus dem gleichen Gesichtspunkt folgen schließlich entscheidende Schwächen dieser Auffassung schon auf der Tatbestandsseite der Norm: Obwohl sich, wie dargestellt (Rz 6), Eltern und Kind nicht wie „Schuldner und Gläubiger“ bilateraler Leistungspflichten verstehen lassen, sondern als Mitglieder des komplexen, alle Lebensbereiche umfassenden Organismus „Familie“, lenkt das Merkmal der Pflichtwidrigkeit doch wieder vom familiären Gesamtzusammen-

hang ab; es ist retrospektiv orientiert und erschwert oder vereitelt schon die Ermittlung der für eine wirklich hilfreiche Intervention wesentlichen Umstände (ZENZ 330: „Mit der strukturellen Verknüpfung ‚Gefährdung durch Rechtsmißbrauch bzw Pflichtwidrigkeit‘ wird eine selektive Verzerrung der Realitätserfassung vorprogrammiert . . . die Normstruktur behindert die Erfassung der rechtlich relevanten sozialen Problemstruktur“).

- 20 Ist § 1666 die Zentralnorm für den Schutz der verfassungsrechtlich garantierten Rechte des Kindes (Rz 2), so muß die *Gefährdung der Kindesrechte auch der entscheidende Anknüpfungspunkt für staatliche Schutzmaßnahmen* sein. Eine Relativierung dieses Schutzes im Hinblick auf das Elternrecht ist nicht zulässig (BVerfG NJW 1982, 1379, 1380; ERICHSEN-REUTER 67 f). Dem Kind gebührt Rechtsschutz als eigenständige, nicht-mediatisierte Rechtspersönlichkeit. Dieser Schutz ist primär den Eltern überantwortet, ist aber unverkürzt vom Staat zu gewährleisten, wenn die Eltern insoweit objektiv ausfallen. Dem Elternrecht trägt das Gesetz auf anderer Ebene angemessen Rechnung: durch den elterlichen Primat bei der Gefahrabwendung (Abs 1 S 1), den Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit und die familienunterstützende Hilfspflicht des Staates (§ 1666 a). Es bliebe die Möglichkeit, die „Pflichtwidrigkeit“ allein von der Kindeswohlgefährdung her zu definieren – die Gefährdung zeigt, daß die Eltern ihrer Schutzaufgabe, aus welchem Grund auch immer, nicht genügt haben (vgl HARMS 119–139, 153; auch ERICHSEN-REUTER 63 in gewissem Widerspruch zu ihrem Grundansatz; entsprechendes gilt für eine an eine Kindesgefährdung anknüpfende Mißbrauchsdefinition, BayObLG FamRZ 1984, 928, 929; MünchKomm-HINZ Rz 26). Nur hätte ein so verstandenes Pflichtwidrigkeits-Merkmal keine positive Funktion, es bliebe sein kontraproduktiver Effekt (oben Rz 19). Bezeichnenderweise spielt die „Pflichtwidrigkeit“ elterlichen Verhaltens in der Entscheidungspraxis seit dem SorgeRG kaum eine Rolle. Typischerweise stellt man ausführlich eine „Kindeswohlgefährdung“ fest, sodann kurz „jedenfalls“ ein objektives Versagen der Eltern, und wendet sich dann den erforderlichen Maßnahmen zu. Nur wo die Gerichte einen Mißbrauch elterlicher Befugnisse meinen nachweisen zu können, setzen sie sich mit der Pflichtgemäßheit elterlichen Verhaltens ausführlicher auseinander – allerdings ist dies gleichzeitig oft Indiz für das Bestreben, mißbilligtes Verhalten zu sanktionieren, obwohl die sonst geforderte erhebliche Kindeswohlgefährdung eigentlich nicht vorliegt (näher Rz 57, 110).
- 21 HINZ hat, wohl unter dem Eindruck der Kritik von ZENZ, seine Konzeption des in § 1666 gewährten Rechtsschutzes (Kombination von rechtsguts- und handlungsbezogener Unrechtsbetrachtung, oben Rz 17) erweitert: Neben dieser Kombination enthalte § 1666 „eine Art Zustands- oder Risikozurechnung bei rechtswidriger Gefährdung von Kindesrechten“ (MünchKomm-HINZ Rz 20; vgl entspr bei ZENZ 331–336). Damit ist der Bezug zum handlungsbezogenen Unrecht aber im Grunde verlassen. Es bedarf dieses Bezugs auch nicht, um Kindesschutz als „Rechtsschutz“ verstehen zu können. Der Rechtsschutz des Kindes unterscheidet sich noch weitergehend vom allgemein-zivilistischen Rechtsschutzsystem, als HINZ dies konzidiert: Er ist nicht *Rechtsschutz gegen* (rechtswidriges Verhalten anderer), sondern *Rechtsschutz vor* (Gefährdungen der kindlichen Rechtsposition). Es ist ein *absoluter, subjektbezogener Rechtsschutz*, der sich von diffuser „obrigkeitlicher Fürsorge“ für das Objekt Kind am Maßstab staatlich-gesellschaftlicher Wohlfahrtsvorstellungen deutlich unterscheidet durch die strikte Anknüpfung staatlicher Interventionsbefugnis an *schwerwiegende Rechtsverletzungen des Kindes* – dessen Chancenverwirklichung unterhalb dieser Grenze ist Sache der Eltern (und Risiko des Kindes, vgl unten Rz 67).

d) Elterliches Erziehungsunvermögen

Es bleibt jedoch die tatbestandliche Verknüpfung von Kindeswohlgefährdung und Elternverhalten (Abs 1 S 1, Alt 1–3; zum Drittverhalten [4. Alt] Rz 74). Die ganz hM folgert hieraus die Notwendigkeit, das konkrete elterliche Verhalten unter eine der drei Tatbestandsalternativen zu subsumieren und dessen Kausalität zur eingetretenen Gefährdung festzustellen. Wohl zuerst DIEDERICHSEN hat hierfür das zusammenfassende Tatbestandsmerkmal des elterlichen *Erziehungsunvermögens* formuliert (DIEDERICHSEN NJW 1980, 1, 7; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 4, 6; dem folgend KG FamRZ 1981, 590, 591; OLG Frankfurt FamRZ 1980, 826, 827; FamRZ 1983, 530; AG Kerpen ZBJugR 1985, 470, 471. In seiner Konzentrierung auf „Erziehung“ ist der Ausdruck sicherlich zu eng, besser wäre „Sorgeunvermögen“). Auf Grund der vorstehenden Überlegungen zur „Pflichtwidrigkeit“ muß gefragt werden, ob mit den Prüfungsschritten „Erziehungsunvermögen“ und „Kausalität“ dem Normzweck gedient wird. Der Schutz des Rechtssubjekts „Kind“ steht im Mittelpunkt des Gesetzeszwecks, gegen eine notwendige Verknüpfung der Kindesgefährdung mit elterlichem Verhalten sprechen im wesentlichen dieselben Gründe wie gegen einen Bezug zur „elterlichen Pflichtwidrigkeit“.

Noch der zum SorgeRG führende Fraktionenentwurf beschränkte sich demgemäß auf die Kindeswohlgefährdung als einziges und entscheidendes Tatbestandsmerkmal (BT-Drucks 8/111; entspr Forderungen zuvor schon von HÖHNE 145–148, 283 f; BECKER MDR 1970, 1, 2). Unter dem Eindruck massiver Kritik, die auf die Unbestimmtheit des Kindeswohlbegriffs und die Gefahr ideologischer Fremdbestimmung der Familie hinwies (Nachw in Rz 11), lehnte sich der Gesetzgeber gem einer Empfehlung des Rechtsausschusses (BT-Drucks 8/2788, S 39) dann doch wieder enger an die bisherige Fassung an. Der tatbestandliche Bezug zum elterlichen Verhalten wurde wiederhergestellt „zum Schutz des Elternrechts“ (BT-Drucks aaO), ergänzt allerdings durch die Versagensalternative.

Wird die hM also durch den historischen Willen des Gesetzgebers wie auch durch **23** den Wortlaut des Abs 1 S 1 unterstützt, so muß doch beachtet werden, daß der Gesetzgeber mit dem Versagenstatbestand sein eigenes Konzept der Sache nach durchkreuzt hat. Diese Klausel fungiert (planmäßig, vgl Rz 15) als Auffangtatbestand für alle elterlichen Verhaltensweisen, die nicht unter Mißbrauch und Vernachlässigung zu subsumieren sind. Diese Funktion folgt aus dem Postulat umfassenden Kindesschutzes; folgerichtig ist zB auch verschuldetes Versagen mitumfaßt (Rz 73). Das Tatbestandsmerkmal „Kindeswohlgefährdung“ kann in Anbetracht der gesetzlichen Schutzkonzeption (oben Rz 7) schlechterdings nur vorliegen, wenn die Eltern als Schutzinstanz ausfallen, dh in der primär ihnen zugewiesenen Schutzfunktion „versagen“. Folgerichtig wird das „Versagen“ auch häufig vom Eintritt der Kindeswohlgefährdung her definiert, ohne daß allerdings Konsequenzen gezogen werden (BVerfGE 60, 79, 81; ERICHSEN-REUTER 56 f; OSSENBÜHL, Erziehungsrecht 89, spricht deshalb von einer „Relativierung“ der selbständigen Bedeutung des Versagensmaßstabs). Rechtspolitischer Dreh- und Angelpunkt der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidungen (auch schon vor dem SorgeRG, vgl HÖHNE 121–144) ist dementsprechend die Frage, ob die dem Kind drohende Schädigung schwer genug wiegt, um einen Eingriff in die elterliche Kompetenz zu rechtfertigen. Wird diese Frage bejaht, erfolgt die Bezugsetzung zum elterlichen „Versagen“ typischerweise nur floskelhaft (vgl Rz 13) und zum Beleg, daß sich ein Eingehen auf elterliches Verschulden erübrige (für viele: BayObLG ZBJugR 1983, 302, 305 f; 1983, 308, 310 f; vereinzelt unterbleibt der Bezug auf elterliches Verhalten ganz, SchlHOLG, SchlHAnz 1988, 84 [„im Ergebnis ist allein die Frage entscheidend, ob das Wohl der Kinder . . . gefährdet wird“]). *Mit der Einführung des Versagenstatbestandes hat der*

Gesetzgeber die Verbindung zwischen Kindeswohlgefährdung und elterlichem Verhalten praktisch gelöst. Nimmt man die 4. Alt des Abs 1 S 1 (Verhalten eines Dritten) hinzu, so sagt das Gesetz seinem objektiven Inhalt nach, daß es auf die Ursache der eingetretenen Gefährdung letztlich nicht ankomme – weder die Person des Gefährdungshebers noch die Art seines Verhaltens sind für die Interventionsentscheidung von irgendeiner Bedeutung. Der von den Gesetzesverfassern bezweckte *Schutz des Elternrechts* innerhalb des Eingriffstatbestandes findet statt dessen – und völlig ausreichend – an zwei anderen Stellen des richterlichen Erkenntnisprozesses statt: Der Konkretisierung des Gefährdungsbegriffes (dazu näher Rz 64–69, 75–129) und dem negativen Merkmal elterlicher Unfähigkeit zur Gefahrabwendung (Rz 130, 131). In *ersterer* Hinsicht rechtfertigt die bisherige Rechtspraxis in der Bundesrepublik nicht die Befürchtung, die Unschärfe des Kindeswohlbegriffs führe zu staatlichem Dirigismus und ideologischem Mißbrauch (Befürchtungen insoweit bei SCHMITT-GLAESER DÖV 1978, 629, 631; GIESEN FamRZ 1977, 594, 595 f). Totalitärem Mißbrauch der Eingriffsmöglichkeiten setzt der Gesetzeswortlaut überdies ohnehin keine effektive Grenze (zu § 1666 vgl HIRSCH 46–77; allgemein RÜTHERS, Die unbegrenzte Auslegung [1968]).

Im *zweiten* Erfordernis liegt die entscheidende, alle vier Gefährdungsformen umfassende Reverenz vor dem Elternrecht, hier wird der verfassungsrechtlich unverzichtbare Kausalbezug zur elterlichen Sorge hergestellt. Gleichzeitig wird die Gleichrichtung von tatbestandlichen Ermittlungen, Eingriffszweck und staatlichen Maßnahmen erreicht: In § 1666 geht es nicht um Sanktionen, sondern um Abwehr künftiger Schäden vom Kind. Im neuen Tatbestand erscheinen die Eltern nicht (nur) als frühere Versager, sondern werden in die Überlegungen zur Gefahrabwendung einbezogen: Sind sie dazu allein, nur mit öffentlicher Hilfe (§ 1666 a) oder gar nicht in der Lage? Damit bleibt auch der Gesamtkontext der familiären Situation im Blickfeld (vgl Rz 3).

- 24 Ergebnis:** Wortlaut des Abs 1 S 1 sowie dem folgend die hM fordern die Feststellung eines bestimmt gearteten *Erziehungsunvermögens* der Eltern sowie dessen Kausalität für die eingetretene Kindeswohlgefährdung. Mit den entsprechenden Feststellungen wird jedoch der wirkliche Inhalt des gesetzlichen Tatbestandes verfehlt und nur leeres Stroh gedroschen. Die Rechtsprechung verweigert sich dem zwar nicht explizit, wohl aber der Sache nach. *Konstitutive Tatbestandsmerkmale* des Abs 1 S 1 sind bei richtigem Gesetzesverständnis allein (1) eine Gefährdung des Kindeswohls sowie (2) Unfähigkeit oder Unwilligkeit der Eltern zur Abwendung dieser Gefahr (ähnlich HARMS 169; MÜNDER ZfJ 1988, 10, 12; mit abweichender Begründung auch SCHWERTNER NJW 1977, 1268, 1269; ders DAVorm 1982, 617, 619 ff). Den übrigen Tatbestandselementen kommt demnach allenfalls eine Beispielfunktion (gesetzlicher Vorgriff auf richterliche Kasuistik) und die Funktion eines klarstellenden Hinweises auf den elterlichen Sorgevorrang zu (auf dem Boden dieser Auffassung kann man sich auch verkrampte Begründungen ersparen, wo es an elterlichem Verhalten in Bezug auf dieses Kind schlechthin fehlt, vgl KG FamRZ 1981, 590, 591; Pränataler Sorgerechtsentzug wegen Gefahr künftigen Versagens; zutr krit LUTHIN ebd 592).

- 25, 26** (Recht der DDR – außer Kraft seit 3. 10. 1990)

II. Anwendungsbereich

1. Persönlich

27

a) Die Vorschrift gilt für **jeden Inhaber der elterlichen Sorge** iSd § 1626, also auch für die nichteheliche Mutter unabhängig vom Bestehen einer Amtspflegschaft (§ 1705), für Adoptiveltern (§§ 1754, 1626) oder für den Vater nach Ehelicherklärung (§§ 1736, 1626). Wegen §§ 1591, 1593 ist auch der Scheinvater einbezogen (KG FamRZ 1985, 735). Die Vorschrift gilt auch für den Inhaber nur der Personensorge (§ 1673 Abs 2 S 2), um deren Einschränkung es in § 1666 gerade geht. Personen, die rechtlich nicht als Eltern, sondern als Vormund, Pfleger, Pflegeperson (vgl § 1630 Abs 3) oder nur tatsächlich für das Kind sorgen (etwa auf Grund familiärer Verbundenheit als Großeltern, Stiefeltern, ältere Geschwister oä), sind nicht als „Eltern“ Normadressat, wohl aber als „Dritte“ iSd Abs 1 S 2 (im übrigen Eingriffsmöglichkeit nach Vormundschafts- oder Pflegschaftsrecht, §§ 1796, 1837 [mit Verweis auf §§ 1666, 1666 a], 1886, 1915). Das gleiche gilt für Elternteile, die nicht Inhaber des elterlichen Sorgerechts sind (anders OLG Köln FamRZ 1985, 1059, 1060: Nicht „Dritter“, sondern „Elternteil“ wegen Rest-Elternrechts).

b) Der Begriff des **Kindes** bestimmt sich nach §§ 1, 2 BGB.

28

Problematisch ist die Anwendbarkeit des § 1666 auf den **nasciturus**. Streit über diese Frage wurde ausgelöst durch eine Entscheidung des AG Köln (NJW 1985, 2201: Antrag des ungeborenen Kindes, vertreten durch den Ehemann der Schwangeren, auf Verbot der von letzterer geplanten Schwangerschaftsunterbrechung) sowie mehrere vormundschaftsgerichtliche Entscheidungen in Fällen, in denen abtreibungswillige minderjährige Frauen gem § 1666 die Ersetzung der (versagten) elterlichen Einwilligung zum Abschluß des Arztvertrages und zur Vornahme der Schwangerschaftsunterbrechung begehrten (**keine** Ersetzung : LG Köln FamRZ 1967, 207; LG München I FamRZ 1979, 850 f; AG Celle FamRZ 1987, 738; AG Helmstedt ZBJugR 1987, 85 f; **Eingriff** in die elterliche Kompetenz: LG Berlin FamRZ 1980, 285).

Umgekehrt kommt auch ein Sorgerechtsentzug bei Eltern in Betracht, die ihre widerstrebende Tochter zur Abtreibung drängen (AG Dorsten DAVorm 1978, 131 ff).

Die Problematik zivilrechtlichen Schutzes ungeborenen Lebens ist vielschichtig. Sie umfaßt die Vorfrage, ob der nasciturus überhaupt als Subjekt zivilrechtlichen Rechtsschutzes angesehen werden kann und ob insbes auch § 1666 grundsätzlich anwendbar ist (Rz 29–31). In der konkreten Anwendung wird sodann nach den Auswirkungen der strafrechtlichen Indikationenregelungen auf die zivilrechtliche Beurteilung zu fragen sein (Rz 32–35). Zur Erörterung weiterer, straf- oder verfassungsrechtlicher Probleme des Schwangerschaftsabbruchs besteht an dieser Stelle kein Anlaß.

Offenbleiben muß auch die derzeit noch völlig ungeklärte Frage, ob über § 1666 der schwangeren Frau Verhaltensweisen untersagt werden können, die nicht auf Tötung des Embryo abzielen, wohl aber zu schweren gesundheitlichen Schädigungen oder auch zu seinem Tod führen können (das Verhaltensspektrum reicht von Drogen- und Alkoholmißbrauch über Rauchen, ungeschützten Verkehr mit flüchtigen Bekannten [Aids] bis zu gefährlichen Sportarten; zu den empirisch festgestellten Kindesschädigungen bei Alkoholkonsum der werdenden Mutter [Alkoholembryopathie] vgl LÖSER-GRÄVINGHOFF-RUSTEMEYER, Kinderheilkunde [1989] 764 ff; LÖSER Münch Med Wochenschr 1989, 24 ff; LÖSER-ILSE, Sozialpädiatrie in Praxis und Klinik [1987] 614 ff; LÖSER-GRANDE-SCHUBERT, Atemalkohol [1985] 164 ff. In den

USA gibt es vereinzelt Staatengesetze, die das Verhalten von Schwangeren reglementieren).

29 Am Anfang steht die Frage, **ob und inwieweit der nasciturus grundrechtsfähig und rechtsschutzfähig ist**. Die Antwort ist weder wissenschaftlich (L ROSENBERG, zit in GOLDSTEIN ua III 34f) noch logisch begründbar (HOERSTER JuS 1989, 172 ff), sondern eine rechtsethische und -politische Wertentscheidung. Anhänger einer Fristenlösung verneinen die Frage, aber auch sonst wird die (zumindest zivilrechtliche) Rechts- und Schutzfähigkeit des nasciturus vereinzelt abgelehnt (JAGERT FamRZ 1985, 1173, 1174; VENNEMANN FamRZ 1987, 1069; HOERSTER 178). Das BVerfG hingegen bejaht (mit der wohl überwiegenden Literaturmeinung) die zumindest teilweise Grundrechtsfähigkeit des ungeborenen Kindes und damit seine diesbezügliche Schutzfähigkeit (BVerfGE 39, 1, 35 f = NJW 1975, 573, 574; aus der Lit insbes MITTENZWEI AcP 187 [1987] 247, 271–274 mwN; Darstellung des Meinungsstandes auch bei VON MUTIUS Jura 1987, 109–111; LANZ-ZUMSTEIN, Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts [1990] 255 ff, 290 ff). Dem ist zu folgen (unter Offenlassung zeitlicher Fixierungen im einzelnen). Die verfassungsrechtliche Grundlage des gebotenen Schutzes wird teils in der „objektiven Wertordnung“ des GG gefunden (so BVerfG), teils – unter Ablehnung dieses Ansatzes – in Art 6 Abs 2 S 1 u 2 GG (BURMEISTER JR 1989, 52 ff, mit in sich widersprüchlicher Argumentation). Richtig ist die Kumulierung beider Ansätze (so AG Celle FamRZ 1987, 738, 739): Der nasciturus genießt als Grundrechtssubjekt allgemein-verfassungsrechtlichen Schutz und unterfällt zugleich als künftiges Kind dem besonderen Schutzsystem des Art 6 Abs 2.

30 Sodann stellen sich die Fragen, **ob der nasciturus generell der elterlichen Sorge unterliegt** und ob speziell auch die Entscheidung über seine Tötung zum elterlichen Sorgebereich gehört. Zur Bejahung der ersten Frage verweist man auf Art 6 Abs 2 S 1 (AG Celle aaO; BURMEISTER JR 1989, 52, 53 f; GEIGER FamRZ 1987, 1177) und auf § 1912 Abs 2 (MITTENZWEI 275 f). Diese Vorschrift spricht zwar von „künftigen Rechten“ der Leibesfrucht (abl deshalb HARRER ZBJugR 1989, 238, 240; VENNEMANN FamRZ 1987, 1069), ist jedoch aus ihrem historischen Kontext heraus zu verstehen und seit der obigen Entscheidung des BVerfG verfassungskonform auf schon bestehende Rechte des nasciturus auszudehnen (ähnlich GEIGER FamRZ 1987, 1177). Die zweite Frage wird hingegen häufig verneint, weil die Tötung eines Kindes oder nasciturus nicht zur Disposition der Eltern stehe und deshalb nicht als Ausübung der „elterlichen Sorge“ angesehen werden könne (BIENWALD FamRZ 1985, 1096, 1099; COESTER-WALTJEN NJW 1985, 2175, 2176; MITTENZWEI 276). Diese Auffassung ist unzutreffend. Zum Sorgebereich gehört nicht nur die Betreuung und Erziehung des Kindes, sondern – wie dargelegt (Rz 7) – auch die Abwehr von Rechtsverletzungen: Der gesamte Kindesschutz ist primär den Eltern anvertraut. Niemand hat je bezweifelt, daß Lebensgefahr unter den Begriff der „Kindeswohlgefährdung“ des § 1666 und damit unter das allgemeine Kindesschutzsystem fällt. Die Existenz von Entscheidungsspielraum ist kein Kriterium für die Abgrenzung des elterlichen Sorgebereichs (wohl aber für die Anwendbarkeit des § 1628, dazu sogleich Rz 31).

31 Damit ist als **Zwischenergebnis** festzuhalten, daß schon der nasciturus im Grundsatz verfassungsrechtlichen wie auch zivilrechtlichen Rechtsschutz genießt. Letzterer ist strukturell identisch mit dem Rechtsschutz für geborene Kinder (dazu oben Rz 5–10). Also ist danach zu differenzieren, von wem die Gefahr ausgeht und gegen wen Maßnahmen zu treffen sind (Eltern: § 1666 Abs 1 S 1; Dritte [hier typischerweise der zur Abtreibung bereite Arzt]: entweder § 1666 Abs 1 S 2 oder allgemein-zivilrechtlicher Rechtsschutz, etwa in Form einer Unterlassungsklage des Kindes).

Will der Ehemann die von seiner Frau geplante Abtreibung verhindern (Fall AG Köln NJW 1985, 2201), so gilt demnach: *Gegen die Frau* gibt es keinen zivilrechtlichen Rechtsschutz des Kindes (also auch keine diesbezügliche Entscheidungs- und Vertretungsübertragung auf den Vater gem § 1628, STÜRNER Jura 1987, 75, 80), der Mann kann aber staatlichen Schutz gem § 1666 Abs 1 S 1 hinzurufen durch Anrechnung vormundschaftsgerichtlichen Einschreitens (COESTER-WALTJEN NJW 1985, 2175, 2177; HARRER ZfJ 1989, 238, 242; vgl Rz 8, 9). *Gegen den Arzt* gilt letzteres über § 1666 Abs 1 S 2 gleichermaßen, es kommt aber auch eine Unterlassungsklage des Kindes in Betracht (neben Klagen des Mannes aus eigenem Recht). Auch insoweit scheidet jedoch eine Entscheidungsübertragung auf den Mann gem § 1628 aus (BIENWALD FamRZ 1985, 1096, 1099 f; COESTER-WALTJEN NJW 1985, 2175, 2176 f; FINGER KJ 1986, 326, 327 f; HARRER ZfJ 1989, 238, 239 f; MASSFELLER-COESTER § 1628 Rz 11; aA AG Köln aaO; MITTENZWEI AcP 187 [1987] 247, 277; ROTH-STIELOW NJW 1985, 2746; STÜRNER Jura 1987, 75, 80): Diese Vorschrift setzt begrifflich elterlichen Entscheidungsspielraum in Ausübung elterlicher Sorge voraus. Das Lebensrecht ihrer Kinder ist den Eltern zwar zum Schutz, nicht aber zur Disposition anvertraut. Soweit § 218a StGB der Schwangeren Entscheidungsfreiheit eröffnet, ist dies keine sorgerechtliche, sondern (nach dem Verständnis des BVerfG) eine persönlichkeitsrechtliche Entscheidung, an der der Ehemann von vornherein nicht beteiligt ist (COESTER-WALTJEN aaO; letzteres gilt vorbehaltlich einer Innenbindung aus § 1353, die jedoch auch nicht zu § 1628 führt). Alleinhandeln des Ehemannes ist jedoch auf den oben gezeigten Wegen zu ermöglichen (Rz 10).

Es bleibt die (bisher ausgeklammerte) Frage nach den *Auswirkungen der strafrechtlichen Indikationenlösung auf den zivilrechtlichen Schutz des nasciturus* zu beantworten. Dabei ist danach zu unterscheiden, ob eine Indikation gem § 218a StGB vorliegt, nicht vorliegt oder im Streit ist.

Fehlt eine Indikation, so ist die geplante Abtreibung auf jeden Fall rechtswidrig, der nasciturus genießt ungeschmälernten Rechtsschutz im vorstehend umschriebenen Sinne (vgl COESTER-WALTJEN 2177; HARRER ZfJ 1989, 238, 241 f; MITTENZWEI 276 f, 282; STÜRNER 80). Dabei ist das VormG, allgemeinen Grundsätzen entsprechend (Rz 154), zum Einschreiten von Amts wegen verpflichtet (AG Celle FamRZ 1987, 738: Verbot der Abtreibung, über die Ablehnung der von der Minderjährigen begehrten Ersetzung elterlicher Einwilligung hinaus; AG Dorsten DAVorm 1978, 131, 135: Entzug des Entscheidungsrechts bei abtreibungswilligen Eltern).

Ist der **Abbruch indiziert**, kommt es entscheidend darauf an, ob man die strafrechtliche Regelung des Gesetzgebers als verbindlich für die Gesamtrechtsordnung ansieht oder nicht. Ausgehend von der Auffassung, daß die Indikationen nur schuld- oder strausschließend wirken, wird zT vertreten, daß der Gesetzgeber in § 218a StGB nur darauf verzichtet habe, die trotz Indikation rechtswidrige Abtreibung mit Mitteln des *Strafrechts* zu verhindern – der zivilrechtliche Lebensschutz sei hierdurch nicht eingeschränkt (TRÖNDLE ZRP 1989, 54, 58; GEIGER FamRZ 1986, 1 ff). Überwiegend wird jedoch der Einstufung der Indikationen als Rechtfertigungsgründe gefolgt (vgl BGHZ 86, 240, 245; 89, 95, 102; NJW 1985, 671) und auf dieser Basis die strafrechtliche Abgrenzung als verbindlich auch für das Zivilrecht angesehen (BIENWALD FamRZ 1985, 1096, 1101; COESTER-WALTJEN NJW 1985, 2175, 2176; HARRER ZfJ 1989, 238, 240 f; JAGERT FamRZ 1985, 1173, 1174 f; D SCHWAB in: NEUER-MIEBACH-KREBS, Schwangerschaftsverhütung ... [1988] 136 f; STÜRNER Jura 1987, 75, 81; dem zuneigend „gute Gründe“ auch AG Celle FamRZ 1987, 738, 740 [aber offengelassen]). Nach dieser Auffassung ist damit bei indiziertem Schwangerschaftsabbruch die Entscheidung über das Leben des nasciturus der

Schwangeren zugewiesen, zivilrechtlicher Lebensschutz findet daneben nicht statt (allerdings soll die Versagung elterlicher Einwilligung bei Minderjährigkeit der Schwangeren noch nicht per se rechtsmißbräuchlich sein, AG Helmstedt ZfJ 1987, 85 f; angesichts des persönlichkeitsrechtlichen Ansatzes des BVerfG in der Abtreibungsfrage bedarf diese Frage jedoch noch der Auslotung).

Eine differenzierende Position vertritt MITTENZWEI (AcP 187 [1987] 247, 270, 282 f): Rechtfertigend und den zivilrechtlichen Kindesschutz ausschließend wirke nur die klassische medizinische Indikation. In allen anderen Indikationsfällen bleibe die Abtreibung rechtswidrig (wenngleich straffrei). Also könne hier das VormG (von Amts wegen) einschreiten, dh die Eltern anhören und auf sie einwirken, die Indikation auf ihre zivilrechtliche Bestandsfestigkeit überprüfen und ggf die Abtreibung untersagen.

Der an zweiter Stelle referierten, überwiegenden Auffassung sollte gefolgt werden. Die Einheit der Rechtsordnung verträgt keine andere Lösung, die negativen Folgen vormundschaftsgerichtlicher Inquisition bei gegebener Indikation wären zudem höchst unerfreulich (gegen MITTENZWEI aaO deshalb auch STÜRNER Jura 1987, 75, 81). Nachdem BVerfG und Gesetzgeber in diesen Fällen die persönliche Entscheidung der Schwangeren für maßgeblich erklärt haben, kann nicht auf zivilrechtlicher Ebene eine „zweite Front“ zur Revision dieser Wertung aufgebaut werden.

- 34 Die wirklichen Probleme liegen, wie so oft, in der Mitte, dh bei **Zweifeln über das Vorliegen einer Indikation** iSd § 218 a StGB. Kann der Vormundschaftsrichter auf der Basis des § 1666 die von Schwangerer und Arzt übereinstimmend bejahte (typischerweise: soziale) Indikationslage eigenständig überprüfen und die Abtreibung, wenn sie sich als „objektiv“ nicht indiziert herausstellt, verhindern? ZT wird eine derartige Kompetenz des Vormundschaftsrichters verneint – die Entscheidungszuständigkeiten seien in §§ 218 a, b und 219 StGB klar geregelt und dürften durch vormundschaftsgerichtliche Kontrolle nicht entwertet werden. Die bewußt lockeren verfahrensrechtlichen Regelungen in §§ 218 a ff StGB deuteten auf den gesetzgeberischen Verzicht auf gerichtliche Überprüfung hin (FINGER KJ 1986, 326, 336 f, 338; JAGERT FamRZ 1985, 1173, 1174; E VON HIPPEL in: VON VOSS ua [1988] 89 Fn 61). Mangels regelmäßig gesicherter Information des Vormundschaftsgerichts könne es sich nur um eine zufallsbedingte und darum zweifelhafte Lösung des Abtreibungsproblems handeln (VON HIPPEL 75, 85; zweifelnd auch BIENWALD FamRZ 1986, 1096, 1102 Fn 56). Überwiegend jedoch wendet man sich gegen eine ausschließliche Beurteilungskompetenz von Arzt und Schwangerer oder gar die Definition der „sozialen Notlage“ (§ 218 a Abs 2 Ziff 3 StGB) aus der subjektiven Einschätzung der Schwangeren heraus, wie sie beim BGH anklingt (zu letzterem AG Celle FamRZ 1987, 738, 741; STÜRNER Jura 1987, 75, 77; im übrigen auch LG Köln FamRZ 1987, 207; AG Dorsten DAVorm 1978, 131, 134; COESTER-WALTJEN NJW 1985, 2175, 2177; dies, Gutachten zum 56. DJT, B 89; ROTH-STIELOW NJW 1985, 2746 f; STÜRNER 80; MITTENZWEI AcP 187 [1987] 247, 282). Das Vorliegen eines strafrechtlichen Indikationstatbestandes sei vom VormG voll überprüfbar, einschl der eigenständigen Beurteilung, ob als (die Indikation ausschließende) anderweitige Möglichkeit der Notlagenabwendung (§ 218 a Abs 2 Nr 3 b StGB) die Bereitschaft des Vaters zur Übernahme des Kindes in Betracht komme (bejahend LG Köln aaO; MITTENZWEI 278 f; ROTH-STIELOW aaO; abl COESTER-WALTJEN 2176 [keine verbindliche Übernahme möglich, keine rechtliche Entpflichtung der Mutter]) oder die Möglichkeit einer Freigabe zur Adoption (bejahend AG Celle aaO; zum Meinungsstand VON HIPPEL 39 Fn 137). Verneine das Vormundschaftsgericht das Vorliegen einer Indikation, könne es den Schwangerschaftsabbruch gegenüber Schwangerer und Arzt untersagen (Durchsetzung: Zwangsgeld gem § 33 FGG; vgl

AG Celle aaO; COESTER-WALTJEN 2177; MITTENZWEI 282) und auch anderweitig auf die Beteiligten einwirken (Beratung, Belehrung), auch Pflegerbestellung für den nasciturus komme in Betracht (MITTENZWEI aaO). Das VormG werde von Amts wegen tätig, auch auf Hinweise von Dritten hin (VON HIPPEL 75, 80).

Angesichts der Regelung der Beurteilungszuständigkeiten im StGB und des inquisi- 35
torischen Charakters vormundschaftsgerichtlicher Ermittlung auch hier erscheint es als nicht sicher, daß die Rechtsprechung dieser Auffassung uneingeschränkt folgen wird. Das Vorliegen einer Indikation ist als Inzidentfrage auch in anderen zivilrechtlichen Zusammenhängen von Bedeutung – etwa wenn Schadenersatz für ein „planwidriges Kind“ verlangt wird, weil die Abtreibung fehlgeschlagen ist (BGH NJW 1985, 671 [Anm DEUTSCH] = JZ 1985, 331 [Anm GIESEN]; NJW 1985, 2752) oder bei Fragen der Lohnfortzahlung (ArbG Iserlohn v 16. 1. 1987, FAZ v 7. 7. 1987, S 5). Dabei überprüft der BGH die ärztliche Indikationsfeststellung nicht voll, sondern räumt einen ärztlichen *Beurteilungsspielraum* ein (dazu KLUTH NJW 1986, 2348 ff); in einem Fall wurde auch eine *Vermutung der Richtigkeit* der Feststellung angenommen (JZ 1986, 140, 143, gerichtet allerdings gegen den auf Schadenersatz in Anspruch genommenen Arzt, der jetzt selbst die Rechtswidrigkeit der [versuchten] Abtreibung behauptete; dagegen zutr STÜRNER Jura 1987, 75, 76). Ein Beurteilungsspielraum des Arztes wird in der Lit zumeist abgelehnt (KLUTH aaO; STÜRNER 80; vgl auch ESER ArztR 1981, 260, 295), und hinsichtlich der Notlagenindikation (die in über 80% aller Fälle als Begründung dient, VON HIPPEL JZ 1986, 53, 55) ist er sachlich auch nur schwer zu rechtfertigen: Die Kriterien „schwerwiegende Notlage“ und „Unzumutbarkeit“ für die Schwangere unterfallen nicht spezifisch medizinischer Expertise, sondern sind soziale und ethische Wertungsfragen, die fachlich bei den Juristen mindestens ebensogut untergebracht sind (nicht weiterführend deshalb die Forderung des AG Celle FamRZ 1987, 738, 741 nach Ersetzung der privatärztlichen Feststellung durch „objektive ärztliche Erkenntnis“). Hinzu kommt die leichte Erreichbarkeit und offenbar große Häufigkeit von Gefälligkeitsbescheinigungen durch hierauf „spezialisierte“ Privatärzte, die die gesetzliche Indikationenregelung zu einer „verkappten Fristenlösung“ werden läßt (VON HIPPEL in: VON VOSS ua [1988] 82; KETTING-VAN PRAAG, Schwangerschaftsabbruch – Gesetz und Praxis im internationalen Vergleich [1985] 245 ff; für die englische Situation hat diese Tendenz schon BVerfGE 39, 1, 64 festgestellt). Verständlich deshalb AG Celle (FamRZ 1987, 738, 741): „Das an Gesetz und Recht gebundene Gericht kann die geübte Praxis deshalb nicht zum Maßstab nehmen“ – nur gehört zu „Gesetz und Recht“ eben auch die Kompetenzregelung des StGB, und es fragt sich, ob mit der Begrenzung zivilrechtlicher Prüfung durch Annahme eines „Beurteilungsspielraums“ nicht, allen berechtigten Einwänden zum Trotz, ein Weg „praktischer Vernunft“ gegangen wird im Spannungsverhältnis zwischen verfassungsgerichtlicher Vorgabe und halbherziger strafrechtlicher Ausführungsregelung: Da es um Tötung menschlichen Lebens geht, liegt der Schwerpunkt für den Schutz des nasciturus systematisch im Verfassungs- und Strafrecht. Die befürwortete Abkoppelung zivilrechtlicher Wertung von der strafrechtlichen Regelung signalisiert deren unbefriedigende Konzeption. Der Fehler liegt im primär zuständigen Rechtsgebiet, und er sollte (de lege ferenda) dort repariert werden. Das zivilrechtliche Kindesschutzsystem vermag zwar in Einzelfällen strafrechtliche Schutzlücken zu kompensieren, es ist zur umfassenden Problemlösung aber nicht der geeignete Platz: In seinem Zentrum steht das Kindesrecht, ein dieses völlig verdrängendes Persönlichkeitsrecht der Eltern ist dem Kindschaftsrecht des BGB schlechterdings fremd. Die Abwägung der Rechte von nasciturus und Schwangerer, zentrales Thema der Abtreibungsentcheidung des BVerfG, kann zivilrechtlich deshalb nicht geleistet werden – ein Grund auch für vormundschaftsrichterliche Zurückhaltung.

2. Sachlich

36 a) Personen- und Vermögenssorge

§ 1666 Abs 1, 2 betrifft nur Eingriffe in die *Personensorge* der Eltern (zum Begriff: § 1626). Ein Zugriff auf die (im übrigen in §§ 1640 Abs 4, 1667, 1670, 1683 Abs 4 geregelte) *Vermögenssorge* ist nach Abs 3 dann möglich, wenn die persönliche Vernachlässigung des Kindes gerade durch Unterhaltspflichtverletzung geschieht, also auch das Vermögensinteresse des Kindes berührt (Rz 148–151). Umgekehrt kann auch Verhalten der Eltern im Bereich der Vermögenssorge den Bereich der Personensorge (insbes die Erziehung) berühren (vgl. etwa §§ 1639 Abs 2 iVm 1803 Abs 2, 3 oder § 1649 Abs 2; Einzelheiten bei BRÜGGEMANN ZBJugR 1980, 53, 59 f); erreicht die Beeinträchtigung des persönlichen Wohls des Kindes die Gefährdungsgrenze des § 1666 Abs 1 S 1, ist ein Einschreiten (auch) nach dieser Vorschrift möglich (vgl. KG OLGZ 1967, 215: eigennütziger Verbrauch des dem Kinde zugesprochenen Schmerzensgeldes).

37 b) Abgrenzung zu §§ 1671, 1672, 1696 (Scheidungsfamilie)

Die Abgrenzung zu den vorgenannten Vorschriften führt zu unerfreulichen Komplikationen auf Grund der Zuständigkeitsaufspaltung zwischen VormG (§ 1666) und FamG (§§ 1671, 1672, 1696) als dem Spezialgericht für die Scheidungsfamilie. Die Regelungskompetenzen decken sich teilweise. Versuche, im Scheidungsfall eine umfassende Zuständigkeit des FamG „kraft Sachzusammenhangs“ zu begründen (OLG Hamm FamRZ 1978, 941, 942; OLG Köln FamRZ 1980, 401; WALTER FamRZ 1979, 259, 261 f) werden nach Ablehnung durch den BGH (DAVorm 1980, 933, 935 f; vgl. BayObLG Rpfleger 1979, 300, 301) nicht mehr weiterverfolgt (vgl. MünchKomm-Hinz Rz 9).

Nach hM ist das *FamG vorrangig zuständig, soweit seine Befugnisse die angestrebte Maßnahme umfassen*. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Maßnahmen im Vorfeld oder bei der Scheidung und Eingriffen *nach* einer familiengerichtlichen Sorgerechtsregelung gem § 1671.

38 Während der Ehetrennung sind familiengerichtliche Regelungen nach § 1672, bei Anhängigkeit des Scheidungsstreits auch nach § 620 ff ZPO möglich (BGH FamRZ 1980, 131; OLG Hamburg FamRZ 1982, 408; FamRZ 1982, 722). Die Hauptentscheidung nach § 1672 ist an die Gestaltungsmöglichkeiten des § 1671 (insbes Abs 4) gebunden, Einzelmaßnahmen wie Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts, Ge- oder Verbote kann jedenfalls weiterhin *nur* das VormG gem § 1666 treffen (BGH DAVorm 1980, 933, 935 f; OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 938 f; SCHLÜTER-KÖNIG FamRZ 1982, 1159, 1162). Allerdings ist das Familiengericht bei *vorläufigen Anordnungen* gem §§ 620 ff ZPO oder im Rahmen eines Verfahrens nach § 1672 freier, es kann auch Einzelmaßnahmen treffen. Nach hM verdrängt deshalb das FamG weitgehend das VormG (OLG Düsseldorf aaO; OLG Hamm FamRZ 1979, 157). Für dieses bliebe demnach nur ein schmaler Bereich, etwa die dem FamG stets verschlossenen Maßnahmen nach § 1666 Abs 1 S 2 oder Abs 2 (SOERGEL-STRÄTZ Rz 6; RGRK-ADELMANN Rz 10; vgl. OLG Köln FamRZ 1985, 1059 f: Maßnahmen gegen nichtsorgeberechtigten Elternteil zur Verhinderung einer Kindesentführung [vgl. oben Rz 27 aE]). Diese Auffassung ist deshalb *abzulehnen* zugunsten **uneingeschränkter alternativer Zuständigkeit von VormG und FamG** (s. näher § 1672 Rz 14).

39 Bei der Sorgerechtsentscheidung nach § 1671 kann das FamG, vorbehaltlich der in § 1671 Abs 4 S 2 zugelassenen Aufspaltung, nur über die elterliche Sorge insgesamt entscheiden. Damit werden vormundschaftsgerichtliche Kompetenzen absorbiert,

soweit nach § 1666 der völlige Entzug des Personensorgerechts bei einem Elternteil oder beiden angezeigt wäre (dann familiengerichtliche Übertragung auf den anderen Elternteil, § 1671 Abs 1, OLG Karlsruhe DAVorm 1979, 136, 137, bzw Anordnung von Vormund- oder Pflegschaft, § 1671 Abs 5, zu letzterem BGH NJW 1981, 2460 = FamRZ 1981, 1048 sowie § 1671 Rz 191 ff). Partieller Nichteignung der Eltern kann nicht durch Aussparung einzelner Befugnisse bei der Sorgerechtsübertragung, sondern nur in der Abwägung über den insgesamt zu bevorzugenden Elternteil Rechnung getragen werden. Anderes gilt bei Scheidungen jedoch nach § 1671 Abs 5: Wegen des auch hier herrschenden Grundsatzes der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit ist auch ein nur teilweiser Sorgerechtsentzug bei beiden Eltern möglich (im übrigen Sorgeübertragung auf einen Elternteil oder Belassung bei beiden, BGH NJW 1985, 1702 = FamRZ 1985, 169; OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1195: Anforderungen der §§ 1666, 1666 a gelten entsprechend). Demgemäß verdrängt das FamG das VormG auch bei Einzelmaßnahmen, soweit diese gegen beide Eltern gerichtet sind (KG FamRZ 1971, 267, 268; BayObLG Rpfleger 1979, 300, 301).

Besonders problematisch ist die Abgrenzung **nach einer abschließenden Sorge-** **40**
rechtsentscheidung des FamG gem § 1671. Auch hier soll nach hM die Änderungszuständigkeit des FamG gem §§ 1696, 1671 die vormundschaftsgerichtliche Eingriffskompetenz verdrängen, wenn die Änderung der Sorgerechtsinhaberschaft insgesamt angezeigt ist (Übertragung auf den bisher nichtsorgeberechtigten Elternteil oder auf einen Elternteil nach bisher gemeinsamem Sorgerecht; vgl OLG Stuttgart NJW 1985, 67). Zu Einzelmaßnahmen gegen den oder die Sorgeberechtigten soll hingegen das VormG zuständig bleiben (Ausnahme wiederum §§ 1696 m 1671 Abs 5; OLG Stuttgart FamRZ 1966, 256, 257 [Untersuchung durch Facharzt]; KG FamRG 1971, 267, 268; BayObLG Rpfleger 1979, 300; OLG Zweibrücken DAVorm 1981, 308, 309 [alle Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts]; BayObLG FamRZ 1985, 635, 636 f [Aufenthaltsbestimmungsrecht und Schulbesuch]). Diese Auffassung beruft sich auf eine im Vergleich zu § 1666 niedrigere Eingriffsschwelle in § 1696 (also erleichterte Eingriffsmöglichkeiten des FamG) sowie auf den grundsätzlich dauernden Charakter der Regelung nach § 1696 (RGRK-ADELMANN Rz 11). Zumindest das letztere Argument greift nicht durch (SOERGEL-STRÄTZ Rz 7). Im übrigen ist die auf Einzelmaßnahmen beschränkte Eingriffszuständigkeit des VormG problematisch, weil sie geeignet ist, das Verbot der Aufspaltung elterlicher Sorge im Scheidungsfall zu umgehen. Außerdem stellt sich die Frage, was mit dem entzogenen Teilbereich der elterlichen Sorge geschieht (vgl BayObLG FamRZ 1985, 635, 636: Kein automatischer Übergang auf den anderen Elternteil, wohl aber Übertragungsmöglichkeit auf ihn [entspr § 1680 Abs 2 S 1]) – die Möglichkeit einer **Übertragung** von Sorgebefugnissen auf den nichtsorgeberechtigten Elternteil durch das **VormG** macht den Übergriff in die familiengerichtliche Regelung besonders augenfällig. Insbes bei Entziehung des **Aufenthaltsbestimmungsrechts** auf nicht von vornherein begrenzte Zeit wird letztere praktisch ausgehöhlt, so daß auch von seiten der hM empfohlen wird, in diesen Fällen eine familiengerichtliche Änderung der Sorgerechtszuweisung in Betracht zu ziehen (OLG Karlsruhe DAVorm 1979, 136, 137; KG FamRZ 1971, 585; OLG Zweibrücken DAVorm 1981, 308, 309; offen bleibt das Verfahren: Abgabe durch das VormG an das FamG, oder soll das FamG die Konsequenzen aus der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung ziehen?).

Um diesen Problemen zu entgehen, wird gegen die hM die These vertreten, das **41**
Unteilbarkeitsprinzip nach geschiedener Elternehe (§ 1671 Abs 4) schließe auch Aufspaltungen der elterlichen Sorge nach anderen Vorschriften, insbes § 1666 aus. Für Eingriffe nach familiengerichtlicher Sorgeverteilung nehme „§ 1696 das gesamte staatliche Wächteramt in sich auf“ (GERNHUBER § 56 VI 6; DÖLLE § 96 Fn 41;

SCHLÜTER-KÖNIG FamRZ 1982, 1159, 1165; dem folgend jedenfalls für den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts LG Berlin DAVorm 1985, 1006, 1008). Dem ist entgegenzuhalten, daß nicht jede Kindesgefährdung in der Teilfamilie nach Scheidung mit dem Zerbrechen der Elternehe etwas zu tun haben muß und daß ein punktueller Eingriff des VormG die grundsätzliche Zuweisung des FamG uU abzustützen vermag. Die Ausschaltung der §§ 1666, 1666 a Abs 1 zugunsten des familiengerichtlichen Regelungsinstrumentariums läßt für Scheidungskinder eine nicht zu rechtfertigende Schutzlücke entstehen und blockiert den Vorrang öffentlicher Hilfen für die Nach-Scheidungsfamilie.

Das Problem resultiert aus organisatorischen Mängeln des Rechtsschutzsystems für Kinder, es ist materiellrechtlich nicht befriedigend zu lösen. Es gibt deshalb keine Alternative zur hM (verquer gar OLG Bamberg DAVorm 1987, 664, 666 f: gemeinsamer Antrag der geschiedenen Eltern, das Sorgerecht von der Mutter auf den Vater zu übertragen, gem § 1696 abgelehnt, sodann Sorgerechtsentzug bei der Mutter gem § 1666 wegen Versagens).

42 Einzelfragen: Ist nach Scheidung der nichtsorgeberechtigte Elternteil gestorben, ist eine „familiengerichtsspezifische Abwägung der Verhältnisse beider Seiten“ nicht mehr möglich, für Eingriffe in das Recht des sorgeberechtigten Elternteils gilt fortan allein § 1666 – dies folgt auch aus der vormundschaftsgerichtlichen Zuständigkeit in § 1681 Abs 1 S 2 (OLG Hamm FamRZ 1986, 479). Bei Tod des sorgeberechtigten Elternteils ist § 1681 anzuwenden. Heiraten geschiedene Eltern erneut, so wird die Sorgerechtsentscheidung nach § 1671 Abs 1–4 gegenstandslos (§ 1671 Rz 200). Eingriffe in beider Personensorge sind nicht nach §§ 1696, 1671 Abs 5, sondern nach § 1666 vorzunehmen (KG FamRZ 1982, 736, 737).

43 Verfahrensrechtlich sind Kompetenzkonflikte zwischen VormG und FamG entspr § 36 Nr 6 ZPO zu lösen (BGH FamRZ 1980, 1107, 1108). Kommt im Änderungsverfahren nach § 1696 das FamG zu der Auffassung, vormundschaftsgerichtliche Teileingriffe seien ausreichend, so hat es den Fortbestand der ursprünglichen Sorgeverteilung zu beschließen und die Akten dem VormG vorzulegen (OLG Hamburg FamRZ 1982, 943: keine Vorlage ohne Sachentscheidung nach § 1696). Stellt hingegen das VormG fest, daß die ins Auge gefaßten Einzelmaßnahmen nicht ausreichen, sondern eine Sorgerechtsänderung insgesamt notwendig ist, hat es die Akten dem FamG vorzulegen (OLG Zweibrücken DAVorm 1981, 308, 309). Ist eine vormundschaftsgerichtliche Maßnahme unter Verletzung vorrangiger Zuständigkeit des FamG getroffen worden, so ist die Entscheidung auf Rechtsmittel im allgemeinen Rechtsmittelzug der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufzuheben und die Sache an das FamG abzugeben (OLG Oldenburg FamRZ 1979, 851, 852). Hat zu Unrecht das FamG entschieden, so ist die Entscheidung im Rechtsmittelzug für Familiensachen aufzuheben und die Sache an das VormG zu verweisen (§§ 119 Abs 1 Nr 1, 2 GVG, 539 ZPO, vgl JAEGER FamRZ 1985, 865, 866 f).

Der Familiensenat des OLG entscheidet jedoch in der Sache, wenn das Nichtvorliegen einer Familiensache von den Parteien nicht oder nicht rechtzeitig gerügt wird (§ 529 Abs 3 ZPO).

Diese Zuständigkeitsprobleme sind nicht nur unerfreulich, vor allem ist der damit verbundene Zeitverlust für die betroffenen Kinder unerträglich und läuft dem Zweck des Kindesschutzrechts zuwider (zur Verfahrensdauer Rz 153). Mit HINZ (MünchKomm Rz 10) ist zu fordern, daß Anzeigen und Informationen grundsätzlich an VormG und FamG geleitet werden, um zumindest vermeidbare Verzögerungen zu verhindern (zust SOERGEL-STRÄTZ Rz 7).

c) Spezielle Schutzvorschriften

Spezielle Schutzvorschriften wie §§ 1631 a, 1631 b und 1632 Abs 4 verdrängen grundsätzlich Maßnahmen nach § 1666.

Bei § 1631 a genügt (im Gegensatz zu § 1666) eine erst künftige Gefährdung der Kindesinteressen (BT-Drucks 8/2788 S 50). Ein Eingriff nach § 1631 a Abs 2 S 1 setzt nicht die zusätzliche Erfüllung eines Tatbestandes des § 1666 voraus (BayObLG FamRZ 1982, 634, 636). Für § 1666 bleiben nur die Ausbildungskonflikte, bei denen es nicht um die fehlende Rücksichtnahme der Eltern auf Neigung und Eignung des Kindes geht (BayObLG aaO).

§ 1631 b schützt das Kind vor ungerechtfertigter, mit Freiheitsentziehung verbundener Unterbringung durch das Genehmigungserfordernis des VormG. Deshalb bedarf es selbst bei mißbräuchlichen Anträgen der Eltern nicht einer Maßnahme nach § 1666 (aA MünchKomm-Hinz Rz 15).

Eine **Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs 4** im Herausgabestreit zwischen Eltern und Pflegeeltern kann selbst dann ergehen, wenn bei der früheren Trennung des Kindes von den Eltern die Voraussetzungen des § 1666 nicht vorgelegen hatten (BVerfGE 68, 176 = NJW 1985, 423; 424; NJW 1986, 3129, 3131; SALGO NJW 1983, 413; GLEISSL-SUTTNER FamRZ 1982, 122, 126). Die Voraussetzungen des § 1666 Abs 1 S 1 müssen aber, kraft ausdrücklichen Verweises in § 1632 Abs 4, jetzt insoweit gegeben sein, als eine Störung der inzwischen gewachsenen Bindung des Kindes an die Pflegeeltern das Kindeswohl gefährden würde. Die Rechtsprechung versteht die Anordnung nach § 1632 Abs 4 nicht als Eingriff in das *Sorgerecht* der Eltern, sie wird deshalb im Verhältnis zum Entzug des Sorgerechts oder auch nur des Aufenthaltsbestimmungsrechts als *milderes* (und damit gem § 1666 a vorrangiges) *Mittel* angesehen (BVerfG FamRZ 1989, 145, 146; BayObLG DAVorm 1982, 611, 615; ZBIJugR 1983, 302, 306; FamRZ 1984, 817, 818; FamRZ 1984, 932, 933; FamRZ 1985, 100, 101).

Dennoch bleiben für über die Anordnung nach § 1632 Abs 4 hinausgehende Sorgerechtseingriffe nach § 1666 mehrere Fallgruppen. So soll das Sorgerecht beschränkt oder entzogen werden können, wenn das Fehlverhalten der Eltern nicht nur im Herausgabeverlangen zur Unzeit besteht, sondern sie das Kind herausverlangen, obwohl es auf Grund von Eltern verursachter Gefährdungen zu den Pflegeeltern gekommen ist (BayObLG aaO). Weiterhin sind Sorgerechtseingriffe angezeigt, wenn bei Verbleiben des Kindes bei den Pflegeeltern mit „Störfeuer“ der Eltern zu rechnen ist (OLG Bamberg DAVorm 1987, 664, 667 f; BAER FamRZ 1982, 221, 230 f) oder wenn es notwendig ist, das Aufenthaltsbestimmungsrecht in kompetente, neutrale Hände zu legen (BayObLG DAVorm 1985, 817, 819 f). Bei offenbar *dauerhaftem* Verbleiben des Kindes bedarf es zur sinnvollen Kindeserziehung entsprechender rechtlicher Befugnisse der Pflegeeltern. § 38 Abs 1 KJHG hilft zunächst mit einer Vermutung.

Stellen die Eltern keinen Antrag nach § 1630 Abs 3, können ihnen die Sorgebefugnisse zumindest teilweise zu entziehen sein (AG Frankfurt/M FamRZ 1982, 1120, 1123; GLEISSL-SUTTNER FamRZ 1982, 122, 126; vgl noch Rz 139). Bei fortdauerndem Erziehungsunvermögen der Eltern schließlich kommt voller Sorgerechtsentzug in Betracht (OLG Frankfurt FamRZ 1980, 826 f; näher Rz 140).

Nur § 1666 ist anwendbar, wenn wegen dauernden Wechsels der Pflegestelle eine Bindung Kind-Pflegeeltern bisher nicht entstehen konnte und die Eltern das Kind erneut umplazieren wollen (BayObLG FamRZ 1983, 942 [LS]; GLEISSL-SUTTNER FamRZ 1982, 122, 127). Auch für Eltern, denen das Sorgerecht entzogen worden ist und die, gestützt auf ihr Elternrecht aus Art 6 Abs 2 GG, die Aufhebung der

Pflegschaft und Herausgabe des Kindes fordern, ist § 1632 Abs 4 nicht einschlägig (§ 1632 regelt den Inhalt der Personensorge; vgl BayObLG FamRZ 1990, 1379, 1382 [nicht § 1632 Abs 4 bei fehlendem Aufenthaltsbestimmungsrecht der Eltern]). Maßnahmen zur Abwehr von Kindesgefährdungen haben nach § 1666 zu erfolgen (OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1272; dabei wird es nicht zu vermeiden sein, die Eltern als „Dritte“ iS dieser Vorschrift einzustufen).

Verfehlt ist hingegen eine *Kumulierung beider Vorschriften* (vgl OLG Bamberg DAVorm 1987, 664, 667: Verbleibensanordnung, dann Entzug der gesamten elterlichen Sorge [Regelung nach § 1666 hätte genügt]) oder ihre völlige verfahrensrechtliche *Trennung* (BayObLG EzFamR § 1666 Nr 4: Herausgabestreit Eltern-Großmutter, beantragte Sorgerechtsbeschränkung nach § 1666 abgelehnt, Verweis auf mögliches späteres Verfahren nach § 1632 Abs 4 mit neuen Anhörungen und weiteren Gutachten; krit insoweit MÜNDER, ebd Bl 13): Damit werden einheitliche Konflikt-sachverhalte künstlich aufgespalten und den Beteiligten (vor allem auch dem Kind) Steine statt Brot gegeben.

Das **minderjährige Adoptivkind** wird über § 1666 hinaus durch § 1763 geschützt (Aufhebung des Annahmeverhältnisses aus schwerwiegenden Gründen).

47 d) Regelungskonflikte

Regelungskonflikte **zwischen den Eltern** sind vorrangig nach § 1628 zu lösen, auch wenn die von einem Elternteil verfolgte Gestaltung das Kindeswohl gefährden würde. Will der Vormundschaftsrichter beide elterlichen Vorschläge verwerfen und eine eigene Entscheidung treffen, so ist dies nur zulässig, wenn beide Vorschläge wie auch das Unterbleiben einer Regelung zu einer Kindeswohlgefährdung iSd § 1666 führen würden (MASSFELLER-COESTER § 1628 Rz 4, 18).

Ähnliches gilt bei **Meinungsverschiedenheiten zwischen Eltern und Pfleger** gem § 1630 Abs 2 (vgl MASSFELLER-COESTER § 1630 Rz 8; MünchKomm-HINZ § 1630 Rz 7).

- 48 Umgangskonflikte mit Dritten** (und ggf dem Kind) sind Thema des § 1632 Abs 2, 3 S 1. Streitentscheidungen durch das VormG erfolgen nur auf elterlichen Antrag, sie wollen die Eltern von der Notwendigkeit entlasten, auf dem Prozeßweg gegen Dritte vorgehen zu müssen (vgl auch oben Rz 9). Damit geht es in § 1632 Abs 3 S 1 nicht um die Abwehr von Kindesgefährdungen, sondern um die vormundschaftsgerichtliche Unterstützung der Eltern bei der Sorgeausübung (Sonderregelung zu § 1631 Abs 3). Diese Unterstützung wird den Eltern nicht schon stets gewährt, wenn sie sich im Vertretbarkeitsrahmen unterhalb der Eingriffsgrenze des § 1666 halten (**aA** PALANDT-DIEDERICHSEN § 1632 Rz 32), sondern nur bei positiv pflichtgemäßer Sorgeentscheidung – schlicht pflichtwidriges, gem § 1666 aber noch sanktionsloses Verhalten findet schon keine vormundschaftsgerichtliche Unterstützung mehr. Die Eltern müssen die Pflichtgemäßheit ihrer Entscheidung deshalb durch triftige sachliche Gründe dartun (s Erl zu § 1632; Münch-Komm-HINZ § 1632 Rz 42, 43, § 1666 Rz 56).

Das VormG kann auch gem § 1666 in Umgangsfragen entscheiden. Ein elterlicher Antrag ist dann nicht erforderlich, statt dessen aber eine Kindesgefährdung. Auf triftige Gründe für die elterliche Haltung kommt es hier im Grundsatz nicht an; allerdings können sie bei der Konkretisierung des Gefährdungsbegriffs (insbes bei Heranwachsenden, unten Rz 117) eine Rolle spielen.

e) Ruhen der elterlichen Sorge

49

Ruhen der elterlichen Sorge (§ 1675) kommt nach §§ 1673 oder 1674 in Betracht bei längerdauernder rechtlicher oder tatsächlicher Ausübungsverhinderung der Eltern (Folge: §§ 1678 Abs 1 oder 1773); nach § 1693 kann das VormG vorübergehende Maßnahmen für das Kind treffen. Das Verhältnis zu § 1666 ist unklar: Die vorgenannten Vorschriften füllten ursprünglich eine Lücke in einem schuldorientierten Kindesschutzsystem (§ 1666 aF, vgl Rz 12–16). Sie wurden im Rahmen der Sorgerechtsreform nicht angepaßt, obwohl jetzt Überschneidungen (vgl BayObLG FamRZ 1981, 565, 567) und Wertungswidersprüche drohen. Bei geistig Behinderten etwa würde die Anwendung der §§ 1673, 1674 (dazu MünchKomm-HINZ § 1674 Rz 6) zur völligen Disqualifizierung führen, ohne daß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen und öffentliche Hilfen eingesetzt werden könnten (§ 1666 a; andeutungsweise Bedenken bei OLG Frankfurt FamRZ 1966, 109, 110; LG Berlin FamRZ 1988, 1308, 1310 hält § 1666 a offenbar auch im Rahmen des § 1674 für anwendbar – eine verfassungskonforme Notlösung). Mit dem neugefaßten § 1666 können die Fallgestaltungen der §§ 1673, 1674 und 1693 weitgehend und sachlich befriedigender erfaßt werden; ein sinnvoller Anwendungsbereich bleibt für diese Vorschriften allenfalls bei physischer Abwesenheit der Eltern – hier braucht – nicht auf eine Kindesgefährdung abgestellt zu werden (vgl COESTER ZfJ 1989, 350, 352).

f) Auswirkungen eines Sorgerechtsentzugs

50

Die Auswirkungen eines Sorgerechtsentzugs **bei einem Elternteil auf den anderen** sind vorrangig in § 1680 geregelt. Eingriffe gem § 1666 in das Sorgerecht auch des anderen Teils bleiben möglich. Allerdings soll ein Sorgerechtsentzug nach § 1680 Abs 1 S 2 auch ohne die Voraussetzungen des § 1666 zulässig sein (BT-Drucks 8/2788 S 65; KG NJW 1965, 871 f; BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1181). Diese Auffassung ist unter verfassungsrechtlichem Aspekt nicht haltbar und bei richtigem Verständnis des § 1666 auch nicht geboten (s Erl zu § 1680; wohl auch MünchKomm-HINZ § 1680 Rz 9).

§ 1680 Abs 1 ist auch entsprechend anwendbar, wenn die nichteheliche Mutter, der das Sorgerecht gem § 1666 entzogen worden ist, den Vater des Kindes heiratet: Es bleibt beim Entzug hinsichtlich der Mutter (vorbehaltlich §§ 1696 Abs 2, 1883); der Vater erlangt automatisch die elterliche Sorge (§§ 1719, 1626), kann jedoch entspr § 1680 Abs 1 S 2 entrechtet werden (BayObLG DAVorm 1984, 1048, 1052).

Streitig ist die Zuständigkeit für die Regelung des **Umgangsrechts des Elternteils**, 51 dem das Sorgerecht gem § 1666 entzogen worden ist: Handelt es sich um eine Folgemaßnahme des Eingriffs nach § 1666 (VormG) oder um eine eigenständige „Familiensache“ gem § 1634 (FamG; so BGH FamRZ 1981, 660, 661 f; FamRZ 1983, 1102, 1103 f)? Für eine umfassende Darstellung des Meinungsstandes sowie ein differenzierende Lösung s § 1634 Rz 376–381 (PESCHEL-GUTZEIT). Auf jeden Fall ist jedoch das VormG zuständig bei nichtehelichen Kindern (BayObLG FamRZ 1982, 958, 959), und die materiellen Maßstäbe der Regelung sind § 1634 Abs 2 zu entnehmen (BayObLG aaO 960).

g) Ersetzung der Einwilligung in Adoption und Legitimation

52

Die **Ersetzung elterlicher Einwilligung** in die Adoption des Kindes gem § 1748 hat tiefgreifendere Folgen als ein Sorgerechtsentzug und ist deshalb an die speziellen Voraussetzungen des § 1748 gebunden. Diese sind, nach einem Entzug gem § 1666, stets noch gesondert festzustellen (OLG Hamm ZfJ 1984, 366, 368; AG Kerpen ZfJ 1985, 470, 471; MünchKomm-LÜDERITZ § 1748 Rz 5; vgl aber noch unten Rz 140).

Merklich niedriger liegt die Eingriffsschwelle für die **Ersetzung der mütterlichen Einwilligung in die Ehelicherklärung durch den Vater**, § 1727. Hier findet nur ein Sorgerechtswechsel zwischen den leiblichen Eltern statt, eine Rückübertragung auf die Mutter bleibt möglich gem § 1738 Abs 2, und der Mutter bleibt im Grundsatz auch ein Umgangsrecht (LG München I FamRZ 1975, 593, 594). Eine Ersetzung ist deshalb *jedenfalls* ohne weiteres gerechtfertigt, wenn der Mutter schon das Sorgerecht gem § 1666 entzogen worden ist (LG Hamburg DAVorm 1974, 121, 123 f; AG und LG Hamburg ZfJ 1984, 370, 371). Angesichts des Wechsels nur zwischen den Eltern kann im übrigen für das nichteheliche Kind nichts anderes gelten als für das Scheidungskind (Argument aus Art 6 Abs 5 GG) – die Eingriffsvoraussetzungen des § 1727 sind mit § 1696 gleichzuschalten (vgl LG München I aaO; MünchKomm-Hinz § 1727 Rz 2).

53 h) Keine Eingriffsmöglichkeiten nach KJHG

Die früher neben § 1666 stehenden Eingriffsmöglichkeiten nach §§ 55 ff JWG (Erziehungsbeistandschaft, §§ 55–61 JWG, Fürsorgeerziehung, §§ 62–77 JWG) sind mit dem Inkrafttreten des KJHG ersatzlos **weggefallen**. Das Jugendhilferecht ist fortan reines *Leistungsrecht*, erforderliche Eingriffe sind nur noch nach bürgerlichem Recht möglich (vgl BT-Drucks 11/5948 S 66 f). Das Gesetz eröffnet jedoch die Möglichkeit **vorläufigen Kindesschutzes** durch das Jugendamt, gewissermaßen einen „ersten Zugriff“. So hat das Jugendamt das Kind in Obhut zu nehmen und für es zu sorgen, wenn (a) es darum bittet oder (b) eine dringende Gefahr für das Kindeswohl besteht (§ 42 Abs 2, 3 KJHG). Stets ist unverzüglich eine Stellungnahme der Eltern einzuholen, erforderlichenfalls eine vormundschaftsgerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Freiheitsentziehung ohne gerichtliche Entscheidung darf einen Tag nicht überdauern; sie ist im übrigen zulässig nur bei Leib- oder Lebensgefahr (§ 42 Abs 3 S 2–4). Hält sich das Kind mit Zustimmung der Personensorgeberechtigten bei Dritten auf und besteht Grund zur Annahme, daß dort eine Kindesgefährdung iSv § 1666 besteht, kann das Jugendamt bei Gefahr im Verzuge das Kind sofort umplazieren (§ 43 KJHG). Stimmen die unverzüglich zu benachrichtigenden Personensorgeberechtigten nicht zu, ist eine Entscheidung des VormG herbeizuführen.

54 3. International

Internationalprivatrechtlich ist der Kindesschutz vorrangig im *Haager Minderjährigenschutzabkommen* (MSA) geregelt (näher Rz 181 ff). Es gilt für alle Minderjährigen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik haben, Art 13 Abs 1 MSA. Für die Anwendbarkeit durch deutsche Gerichte ist nicht Voraussetzung, daß das Kind die Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates hat (die Bundesrepublik hat nicht einen Vorbehalt iSd Art 13 Abs 3 MSA erklärt). Nach Art 1,2 MSA sind die Gerichte des gewöhnlichen Aufenthaltsstaates zu Schutzmaßnahmen international zuständig und haben ihr eigenes Recht anzuwenden. Im Ergebnis unterliegen also auch alle Ausländerkinder in der Bundesrepublik dem Kindesschutz nach deutschem Recht (näher Rz 183; zu diesbezüglichen Anwendungsproblemen des § 1666 Rz 123).

III. Tatbestand des Abs 1 S 1

1. Gefährdung des Kindeswohls

a) Kindeswohl

55

aa) Grundsätzliche Bedeutung

Das „Wohl des Kindes“ ist Richtpunkt für die Ausübung des staatlichen Wächteramts und Eingriffe in die elterliche Sorge (BVerfGE 24, 119, 144). Diese Aussage muß durch gedankliche Trennung verschiedener Funktionen des Kindeswohlbegriffs präzisiert werden: Zum einen ist das Kindeswohl zentraler Anknüpfungspunkt für die Definition der staatlichen Eingriffsschwelle in den elterlichen Sorgeprimat (oben Rz 11) – insofern fungiert das Kindeswohl als **Eingriffslegitimation** (COESTER, Kindeswohl 135 ff; ders, 6. DFGT 35, 37 f; dem folgend MünchKomm-HINZ Rz 23).

Daneben ist das Kindeswohl aber auch entscheidungsleitender Gesichtspunkt für die Auswahl der notwendigen Kindesschutzmaßnahmen – insofern ist es auch **Entscheidungsmaßstab** für den Vormundschaftsrichter (COESTER, Kindeswohl 143 ff; ders, 6. DFGT 35, 39 ff; MünchKomm-HINZ Rz 24). Aus der Funktion des Verfahrensrechts, der Verwirklichung der vom materiellen Recht verfolgten Zwecke zu dienen (BGHZ 10, 350, 359; HABSCHEID ZZP 86 [1973] 20, 24), folgt schließlich, daß dem Kindeswohl Bedeutung auch als **verfahrensleitendes Prinzip** zukommt (COESTER, 6. DFGT 35, 38 f; im einzelnen unten Rz 153).

bb) Bestimmung des Kindeswohls

56

Das Kindeswohlprinzip enthält *zwei Grundwertungen*: (1) Vorrang der Kindesinteressen vor allen anderen beteiligten Interessen; (2) Vorrang von Einzelfallgerechtigkeit vor allgemeinen Regeln. Der Kindeswohlbegriff ist auch nach der Intention des Gesetzes kein deskriptives Tatbestandsmerkmal, sondern Herzstück der **Generalklausel** des § 1666 (oben Rz 11). Diese Normfunktion verbietet es, das Kindeswohl als Verweisungsklausel in positivistischem Sinn auf rechtliche oder außerrechtliche Kindeswohlmaßstäbe zu verstehen, um so doch noch zu einem subsumtionsfähigen Begriff zu gelangen (COESTER, Kindeswohl 162 ff; ders, 6. DFGT 35, 39 ff). Wie in anderen Generalklauseln auch, steckt im Kindeswohlbegriff des § 1666 der Auftrag zur richterlichen Rechtskonkretisierung, dh zur schöpferischen Umsetzung des Gesetzeszwecks für den Einzelfall (Bildung einer Fallnorm; zur Konkretisierung von Generalklauseln im allgemeinen vgl WIEACKER, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 [1956]; TEUBNER, Standards und Direktiven in Generalklauseln [1971]; ders, Generalklauseln als sozio-normative Modelle, in: Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften [1978] 13 ff). Dabei ist der Kindeswohlbegriff ein *heuristisches Prinzip*, das gerichtet ist auf das Auffinden und Umsetzen von wesentlichen Seinselementen und Wertmaßstäben innerhalb des allgemeinen Rahmens des Rechts. MaW, der Richter hat das im allgemeinen bleibende, vorgegebene Netz von Seinsdeutungen und Wertsetzungen fertigzuknüpfen für den jeweiligen Einzelfall. Die zentrale Verantwortung des Richters liegt dabei in der unverkürzten Erfassung des individuellen Sachverhalts und der Herausschälung eines maßgeblichen Tatbestandes bei gleichzeitigem Aufbau eines korrespondierenden Wertsystems für diesen Fall (näher COESTER, Kindeswohl 169 f; ders, 6. DFGT 35, 40).

Bausteine der richterlichen Normkonkretisierung sind **Kindeswohlkriterien** innerhalb und außerhalb des Rechts – der Kindeswohlbegriff weist per definitionem über den Bereich des Rechts hinaus (zur Diskussion COESTER, Kindeswohl 419–426 mwN). Auf *rechtlicher Ebene* ist zunächst die entscheidende Blickrichtung vorgege-

57

ben: Das Wohl des Kindes, und *nur* dieses legitimiert staatliche Eingriffe. Das betroffene Kind pflegt leicht aus den Augen zu geraten, wenn es um die Durchsetzung für wichtig empfundener gesellschaftlicher Werte (vor allem politischer oder sittlicher Art) geht oder um die Sanktionierung von Fehlverhalten beteiligter Erwachsener. Politischer Mißbrauch von Sorgerechtsentscheidungen ist zwar derzeit kein Problem in der Bundesrepublik (zum Dritten Reich und der DDR vgl. HIRSCH 46–77), und auch eine frühere Tendenz der Rechtsprechung, Sorgerechtsentscheidungen zur moralischen Disziplinierung der Eltern einzusetzen (Nachw u Kritik bei HÖHNE 70 ff, 151), ist pluralistischem Konsenszerfall auf moralischem Gebiet und gewachsener Sensibilität für Kindesbedürfnisse gewichen (Extremfall OLG Stuttgart NJW 1985, 67 = JZ 1985, 848; krit in traditionellem Sinn dagegen WEGENER, Anm in JZ 1985 aaO; SCHÜTZ FamRZ 1986, 947 ff). Nur mit moralischer Empörung und nicht mit Kindeswohl ist aber die generelle Disqualifizierung einer *Leihmutter* als Elternteil zu erklären (so GIESEN JZ 1985, 652; 660; JZ 1985; 1056, 1057; aA KG FamRZ 1985, 735 f = NJW 1985, 2201). Auch fällt es den Gerichten offenbar nicht leicht, Fehlverhalten von Erwachsenen zugunsten der Kinder zu ignorieren (vgl BayObLG EzFamR § 1666 Nr 4 [7jähriges Kind seit 3 1/2 Jahren bei Großmutter, dort gegen Eltern beeinflußt, deshalb jetzt an letztere herauszugeben]; BayObLG ZBlJugR 1981, 272, 274 f; DAVorm 1982, 604, 609 f [Umgangsrecht Großeltern-Kind trotz tiefgreifenden Zerwürfnisses Großeltern-Mutter, weil feindselige Haltung der Mutter „objektiv unbegründet“ sei]; OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811 ff [treuwidrige Entfremdungs- und Verzögerungstaktik von Pflegeeltern, Herausgabe trotz zwischenseitlicher Verwurzelung des Kindes]; vgl auch BVerfG FamRZ 1989, 145 ff).

58 Soweit der **Inhalt des Kindeswohls** selbst betroffen ist, unterscheidet schon § 1666 Abs 1 S 1 eine körperliche, geistige und seelische Komponente. Das **seelische Wohl** ist unter dem Eindruck wissenschaftlicher Erkenntnisse der Kindesentwicklung aus neuerer Zeit durch das SorgeRG hervorhebend eingefügt worden (vgl aber auch schon § 1 JWG). Es hatte zuvor in kindschaftsrechtlichen Verfahren zu wenig Beachtung erfahren (SIMTIS ua, Kindeswohl 34–50, 163 f [speziell zu § 1666], 165 ff [in Jugendamtsberichten], 172 ff [durch die Betroffenen selbst] 179–181, 265 [durch die Richter]). Seine besondere Berücksichtigung ist auch unter dem Aspekt geboten, daß sich heute die Aggressionen von Eltern und Erwachsenenwelt gegen Kinder vom körperlichen zum psychischen Bereich verlagert haben (ZENZ, Kindesmißhandlung 61; auch in der Rechtspraxis einflußreich der Vorstoß von GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT I zugunsten des psychischen Kindeswohls – zu Recht weitgehend unbeachtet hingegen der späteren Rückzieher durch dieselben Autoren II gerade für den Bereich des Kindesschutzrechts, dazu COESTER FamRZ 1981, 614; SIMTIS, in: GOLDSTEIN ua II 177 f; ders, in: GOLDSTEIN ua III 198). Auch sind die seelischen Schäden etwa bei Kindesmißhandlungen häufig schwerwiegender (wenngleich weniger augenfällig) als die körperlichen (vgl auch AG Moers ZfJ 1986, 113, 114). Dennoch ist das Gesetz nicht is einer separaten Betrachtung einzelner Segmente des Kindeswohls zu verstehen – insbes körperliche und seelische Beeinträchtigungen sind in der Praxis nicht voneinander trennbar (hinsichtlich Kindesmißhandlungen ZENZ 96, 227, 249, 287, 308, 342), die gesetzliche Aufzählung verweist auf die *umfassende* Beachtung aller Facetten des persönlichen Wohls des Kindes (vgl SIMTIS, FS Müller-Freienfels [1986] 579, 606 Fn 71: Oberbegriff „persönliches Wohl“ für körperliche und psychische Komponente; speziell zum „geistigen Wohl“ BayObLG FamRZ 1981, 86).

59 Entscheidungsleitendes rechtliches Kriterium des Kindeswohls ist darüber hinaus das im GG verankerte **Erziehungsziel** der selbständigen und eigenverantwortlichen, zu sozialem Zusammenleben fähigen Persönlichkeit (s auch §§ 1 Abs 1, 9 Nr 2, 11

Abs 1, 22 Abs 1 KJGH; COESTER, Kindeswohl 183 ff mwN; MASSFELLER-COESTER § 626 Rz 49 ff; ERICHSEN-REUTER 39–44). Für einen Teilbereich findet sich in § 1631 Abs 2 seine direkte Umsetzung im Zivilrecht. Diesem Kriterium sind alle anderen Maßstäbe untergeordnet. Als rechtlich abgesichert können insoweit noch angesehen werden die Wichtigkeit von **Kontinuität und Stabilität** der Betreuungs- und Erziehungsverhältnisse (vgl §§ 1632 Abs 4, 1666 a Abs 1, 1671 Abs 2; dazu unten Rz 95 ff), die **Beachtlichkeit innerer Bindungen** des Kindes (neben der „seelischen“ Komponente in § 1666 Abs 1 S 1 vor allem §§ 1632 Abs 4, 1671 Abs 2), seines subjektiven **Willens** (unten Rz 61–63) sowie des **familiären Gesamtzusammenhangs** des Kindesschutzes (§ 1666 a, vgl oben Rz 3).

Im übrigen sind zur Vervollständigung des Kindeswohlbegriffs **außerrechtliche** 60 **Maßstäbe** heranzuziehen, insbes **wissenschaftliche Erkenntnisse**, die im Einzelfall auch mittels Sachverständigen-Gutachten nutzbar zu machen sind (zur Einholung, Überprüfung und Sachkunde des Richters unten Rz 163 ff; zum zunehmenden Einzug wissenschaftlicher Erkenntnisse in die Rechtspraxis SIMITIS, in: GOLDSTEIN ua III 194 f; vorbildlich OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1272; AG Frankfurt DAVorm 1982, 368 ff; FamRZ 1982, 1120; zur Problematik wissenschaftlicher Standards COESTER, Kindeswohl 426 ff; SIMITIS, FS Müller-Freienfels [1986] 599 f). Daneben kann auf **gesellschaftliche Standards**, einen gesellschaftlichen „Grundkonsens“ (KNÖPFEL FamRZ 1986, 1211, 1214) über die Bedürfnisse des Kindes und angemessenes Elternverhalten zurückgegriffen werden. Mangels Positivierung dieser Maßstäbe und einschlägiger rechtstatsächlicher Erhebungen ist insoweit allerdings Vorsicht geboten, will man nicht der Versuchung einer Projektion subjektiven Richtigkeitsempfindens auf das der Allgemeinheit erliegen. Feststellbarer Konsens außerhalb wissenschaftlicher Aussagen besteht regelmäßig nur innerhalb der *Rechtsprechung* (im übrigen kann die Berufung auf „allgemeine Überzeugung“ Ausdruck sein vom Bemühen um Plausibilität der richterlichen Wertkonkretisierung für die weitere Rechtsgemeinschaft [ausf COESTER, Kindeswohl 411–419, 439–449]).

Die Übernahme von außerrechtlichen Kindeswohlkriterien in die Rechtsentscheidung unterliegt der verantwortlichen **Kontrolle durch den Richter**: Sie müssen – für sich gesehen – mit der allgemeinen Wertordnung des Rechts verträglich sein („Stimmigkeitskontrolle“; hierbei kann vorhandener Konsens in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft teilweise entlasten); sie müssen auf ihre konkrete Bedeutung für das betroffene Kind überprüft, ggf relativiert werden („Individualisierung“ allgemeiner Kriterien, als Konsequenz der gesetzlichen Entscheidung zugunsten von Einzelfallgerechtigkeit); sie bedürfen schließlich der Zusammenschau mit allen anderen Aspekten des Einzelfalls, der integrierenden Abwägung zur Formung eines Gesamtbilds „Kindeswohl“ für die zu treffende Entscheidung („Integration“; zum ganzen COESTER, 6. DFGT 35, 40–43; ders, Kindeswohl 452 f, 465–482, auch zu Begründungsmustern wie Vermutungen, Erfahrungssätzen und „allgemeinen Erwägungen“).

cc) Kindeswohl und Kindeswille

61

Das „Wohl“ des Kindes ist Schutzgegenstand des § 1666, weil das Kind zu einer Selbstbestimmung seiner Interessen rechtlich nicht in der Lage ist und deshalb sein objektiv bestimmtes „wohlverstandenes Interesse“ in den Vordergrund tritt. Dient aber der Kindesschutz generell der Wahrung der Grundrechte des Kindes (Rz 2) und seiner Entwicklung zu einer selbständigen, eigenverantwortlichen Persönlichkeit (Rz 59), dann kann der subjektive Wille des Kindes bei der Konkretisierung seines Wohls nicht unberücksichtigt bleiben (vgl BVerfGE 55, 171 = NJW 1981, 217, 218 = FamRZ 1981, 124 [zu § 1671]). Die Frage nach der Bedeutung des Kindeswillens wird im Rahmen des § 1666 bedeutsam vor allem bei Adoleszenzkon-

flikten zwischen Eltern und Kindern (Rz 112 ff) sowie bei Entscheidungen über die Umlagerung des Kindes (Rz 96, 97) und deren Durchsetzung (Rz 171–173). Das materielle Gewicht des Kindeswillens ist präjudiziell für die Anhörung und die Vertretung des Kindes im Verfahren (Rz 155, 160 ff).

Die Rechtsprechung hält den Kindeswillen dann für erheblich, wenn er auf beachtlichen Gründen beruht (BayObLG FamRZ 1975, 169, 171; DAVorm 1981, 216, 222; AG und LG Hamburg ZBlJugR 1984, 370, 371) oder auf eine „ereignisbedingten Hinwendung“ zu der Person, bei der das Kind bleiben möchte (BayObLG DAVorm 1981, 216, 222; OLG Karlsruhe Justiz 1975, 29, 30). Insoweit wird zunehmend auch der Wille kleinerer Kinder für erheblich gehalten (zB BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1180 [8 Jahre]; FamRZ 1983, 948 [4 Jahre]; ZfJ 1985, 36 [3 Jahre]; OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1272 [3 1/2 Jahre]; anders aber OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811, 813 [4 Jahre]).

- 62** Dabei sollten zwei Funktionen des Kindeswillens unterschieden werden: Zum einen kann der Kindeswille *Kundgabe und Indiz für die psychosozialen Bindungen des Kindes*, also ein Kriterium seines objektiven Wohls sein. Altersmäßig kann es nur auf die Fähigkeit des Kindes ankommen, insoweit zutreffend Mitteilungen zu machen – eine untere Altersgrenze scheidet dabei aus (OLG Hamburg aaO; LEMPP und FEHMELE FamRZ 1986, 530 f, 532). Die Forderung „beachtlicher Gründe“ ist insoweit sachfremd (COESTER, Kindeswohl 263 f). Zum zweiten kann der geäußerte Kindeswille als *Ausdruck bewußter Eigenentscheidung, als kindliche Selbstbestimmung* erscheinen. Minderjährigkeit schließt wachsende Entscheidungsfähigkeit nicht aus, die elterliche Sorge soll sie sogar fördern (§ 1626 Abs 2; vgl MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 33 f). Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes ist auch außerhalb gesetzlicher Teiljährigkeiten zu beachten, wenn das Kind zentral und in höchstpersönlichen Dingen betroffen ist (etwa: Einwilligung in körperliche Eingriffe, Rz 83).

Setzt der festgefügte Wille von Jugendlichen der **Durchsetzung von Entscheidungen** eine wegen Art 1, 2 GG unüberschreitbare Barriere entgegen (unten Rz 172), dann muß die Beachtung auch schon im Rahmen der Entscheidung selbst möglich sein. Auch in dieser Funktion ist die Forderung nach „beachtlichen Gründen“ zu relativieren: Letztere werden bei Selbstbestimmungsfähigkeit grundsätzlich nicht gefordert (die volitive Eigenentscheidung schiebt sich vor das „wohlverstandene Interesse“); wohl aber können vernünftige Gründe Indiz sein für die im Einzelfall vorliegende Selbstbestimmungsfähigkeit (neben anderen Indizien). Allerdings setzt die Beachtung des Kindeswillens als Ausdruck von Selbstbestimmung die Erreichung eines gewissen Alters voraus. Während das Gesetz beachtliche Reife eines Jugendlichen häufig mit Vollendung des 14. Lebensjahres unterstellt (vgl §§ 1671 Abs 3 S 2; 50 b Abs 2 FGG; 5 RKEG), hält die Rechtsprechung zunehmend die konkrete Entscheidungsfähigkeit des Kindes schon ab dem 10. Lebensjahr für möglich und prüfenswert (OLG Karlsruhe FamRZ 1968, 170; OLG Köln FamRZ 1972, 144; FamRZ 1972, 262, 264; FamRZ 1976, 32, 34).

- 63** Zu differenzieren ist auch beim offensichtlich **beeinflussten Kindeswillen**. Es entspricht gefestigter Rechtspraxis, den Kindeswillen in diesen Fällen nicht zu beachten (BayObLG FamRZ 1975, 169, 171 f; FamRZ 1977, 650, 653; DAVorm 1982, 604, 609; EzFamR § 1666 Nr 4; OLG Köln FamRZ 1972, 144, 145; FamRZ 1972, 574, 576). Fungiert der Kindeswille als Anzeichen für emotionale Bindung, so kommt es allein auf letztere an – auch durch Beeinflussung kann echte (und damit schützenswerte) Bindung entstehen (Erziehung ist per definitionem „Beeinflussung“). Die Disqualifizierung beeinflussen Kindeswillens ist deshalb hier nur gerechtfertigt, wenn die Äußerung des Kindes manipuliert ist und die wirklichen Bindungsverhält-

nisse nicht zutreffend bezeichnet (vgl BayObLG DAVorm 1982, 604, 609) – das Indiz „Kindeswille“ wird dann durch andere Indizien widerlegt.

Ist der Kindeswille als verantwortliche Eigenentscheidung des Jugendlichen zu beachten, sollte berücksichtigt werden, daß *keine* persönliche Entscheidung (auch von Erwachsenen) „unbeeinflußt“ ist – nur wo die Fremdsteuerung die Eigenentscheidung des Minderjährigen praktisch verdrängt, kommt es auf den geäußerten „Kindeswillen“ nicht an (aber auch hier kann auf der Durchsetzungsebene eine verhärtete Kindesposition Grenzen setzen, Rz 172). Die vorstehend vertretene Differenzierung verschiedener Funktionen des Kindeswillens (dazu ausf COESTER, Kindeswohl 257 ff; § 1671 Rz 115 ff) erlaubt auch eine präzisere Beurteilung der Anhörungsnotwendigkeit (vgl OLG Hamm DAVorm 1986, 804, 807 f: keine Anhörung; Kind für eigene Entscheidung zu klein, und Bindung scheidet aus, weil das Kind die Eltern praktisch nicht kennt; zur Anhörung des Kindes unten Rz 160).

b) Gefährdungsbegriff

64

Die Gefährdungsgrenze ist das *zentrale Tatbestandsmerkmal* des § 1666, sie bezeichnet zugleich die Demarkationslinie zwischen elterlichem Erziehungsprimat und staatlichem Wächteramt (Rz 23, 24). Ihre Konkretisierung kann nicht im Wege der Subsumtion unter einen vorgegebenen Gefährdungsbegriff erfolgen, sondern ist das Ergebnis eines komplexen Abwägungsprozesses, den der Vormundschaftsrichter in jedem Einzelfall neu vorzunehmen hat. Dabei ist der Kompromißcharakter des geltenden Rechts unverkennbar (und unvermeidbar): Das Recht will das Kind schützen, aber den Eltern „nicht weh tun“ (ZENZ, Kindesmißhandlung 307, 336). Es gilt eine delikate Balance zu halten zwischen konkreten Kindesinteressen, dem Elternrecht und Gesellschaftsinteressen – eine Balance zwischen einer Sicht, die das Kind fast nur mediatisiert durch elterliche Bestimmungsmacht wahrnimmt (krit SIMITIS in: GOLDSTEIN ua I 101 f; ders, in: GOLDSTEIN ua III 198; ders, in: FS Müller-Freienfels [1986] 579, 606), und andererseits „Rettungsphantasien“ professioneller Kindesschützer (vgl GOLDSTEIN ua II 92, 116, 117).

Die *Rechtsprechung* versteht unter Gefährdung „eine gegenwärtige, in einem solchen Maße vorhandene Gefahr, daß sich bei der weiteren Entwicklung eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen läßt“ (BGH FamRZ 1956, 350 = LM Nr 4 zu § 1666 = NJW 1956, 1434; vgl BayObLG FamRZ 1977, 473, 474; DAVorm 1981, 897, 898; DAVorm 1983, 78, 81).

Die eigentliche *Schädigung* des Kindesinteresses muß künftig drohen, schon eingetretene Schäden sind weder erforderlich noch ausreichend. Andererseits muß sich der Schadenseintritt schon mit hinreichender Wahrscheinlichkeit abzeichnen, eine erst „künftige Gefährdung“ (so BVerfG NJW 1982, 1379, 1381) berechtigt nicht zur Intervention (HINZ NJW 1983, 377, 378). Ist die Gefährdung „gegenwärtig“ in diesem Sinne, muß sich nicht notwendig auch die Beeinträchtigung selbst in naher Zukunft verwirklichen, es genügen auch „Fernschäden“, die ihre Ursache in den jetzigen Verhältnissen haben: Es geht „nicht nur um das augenblickliche oder vorübergehende Befinden . . ., sondern darum, daß die Voraussetzungen für eine gedeihliche altersgemäße Entwicklung . . . sichergestellt sind“ (BayObLG DAVorm 1981, 901, 903 [permanenter Streit und Gewalt zwischen den Eltern, dadurch langfristige Beeinträchtigung der Kindesentwicklung]; vgl BayObLG FamRZ 1984, 932, 933; BayObLGZ 1983, 231, 237 [Verweigerung des Schulbesuchs]; JANS-HAPPE Rz 10).

Die erforderliche *gegenwärtige, begründete Besorgnis der Schädigung* (OLG Nürnberg FamRZ 1981, 707 [LS]) wird durch vereinzelt gebliebene Vorfälle in der Vergangenheit regelmäßig noch nicht hervorgerufen (BayObLG DAVorm 1981,

897, 899; OLG Karlsruhe FamRZ 1974, 661, 662; OLG Stuttgart NJW 1985, 67, 68; im Einzelfall anders, aber problematisch BayObLG FamRZ 1988, 748, dazu § 1666 a Rz 4). Noch weniger reicht es im Grundsatz aus, daß die Eltern bei der Erziehung früherer Kinder versagt haben (KG FamRZ 1985, 735, 737 [für Jugendamt allerdings Grund zu erhöhter Aufmerksamkeit]; LG Freiburg FamRZ 1985, 95, 96; im Extremfall jedoch anders KG FamRZ 1981, 590 [beide Elternteile haben jeweils frühere Kinder im Säuglingsalter ermordet]). Andererseits kann aus lang andauerndem und wiederholtem Versagen in der Vergangenheit die Besorgnis auch künftiger Kindesgefährdung gefolgt werden (LG Berlin ZBlJugR 1980, 188, 191 [drogenabhängige Mutter]).

67 Hinsichtlich der *Schwere der drohenden Interessenbeeinträchtigung* sind verfassungsrechtliche Vorgaben (Art 6 Abs 2 S 1 GG) zu beachten. Der Vormundschaftsrichter hat nicht darüber zu entscheiden, ob eine andere Unterbringung oder andere Erziehungsmaßnahmen besser oder zweckmäßiger wären – die Wahrung und Interpretation der Kindesinteressen liegt in einem breiten Vertretbarkeitsrahmen bei den Eltern, staatlicher Kindesschutz setzt erst bei Überschreitung der Vertretbarkeitsgrenzen an (BVerfGE 24, 119, 145; BayObLG DAVorm 1981, 897, 898 f; FamRZ 1982, 638; DAVorm 1983, 78, 81; OLG Stuttgart FamRZ 1966, 256, 257; LG Mannheim DAVorm 1964, 9 f; ERICHSEN-REUTER 36, 43, 51–53; SCHMITT-GLAESER DÖV 1978, 629, 634. Zum Streit über die „Erheblichkeit“ der Gefährdung vgl BT-Drucks 8/2788 S 39 f; KNÖPFEL FamRZ 1977, 600, 605 [gegen VoraufL Rz 235, 237]). Es gehört nach Auffassung des BVerfG nicht zum staatlichen Wächteramt, „für eine den Fähigkeiten des Kindes bestmögliche Förderung zu sorgen“. Regelmäßig seien die Eltern die besten Interessenwahrer des Kindes. Dabei werde „die Möglichkeit in Kauf genommen, daß das Kind ... wirkliche oder vermeintliche Nachteile erleidet, die im Rahmen einer nach objektiven Maßstäben betriebenen Begabtenauslese vielleicht vermieden werden könnten“ (BVerfGE 34, 165, 184 = NJW 1973, 133, 134; zuvor schon BVerfGE 24, 119, 144 f). Die baldige Übertragung dieser Feststellung, geprägt im Zusammenhang mit Ausbildungsfragen, auf die Entwicklungschancen des Kindes schlechthin (BVerfGE 60, 79, 94 = NJW 1982, 1379, 1381; NJW 1986, 3129, 3131; BayObLG ZfJ 1990, 313, 314; LG Berlin FamRZ 1988, 1308, 1311 ff), ist in ihrer Unreflektiertheit zwar bedenklich (HINZ NJW 1983, 377 f; SCHWERDTNER DAVorm 1982, 617, 619 ff), aber im Grundsatz dennoch zutreffend. Seine Eltern und deren sozio-ökonomischen Verhältnisse gehören grundsätzlich zum Schicksal und Lebensrisiko eines Kindes. Dies ist nicht so sehr eine Konzession an das Elternrecht als vielmehr schon eine gesellschaftspolitische Notwendigkeit; sie verhindert, daß mit staatlicher Hilfe gebildete, reifere oder wirtschaftlich besser situierte Personen den leiblichen Eltern auf breiter Front die Kinder entziehen können (de facto ist dies bei Pflege- und Adoptiveltern dennoch häufig genug der Fall; ähnl BVerfG NJW 1986, 3129, 3131; DIEDERICHSEN FamRZ 1978, 1, 4; ERICHSEN-REUTER 52; ZENZ, Kindesmißhandlung 325).

68 Demgemäß reicht eine nur „bessere“ Betreuung und Erziehung bei Dritten nicht aus, um den Eltern das Kind zu nehmen (neben obigen Nachw BayObLG EzFamR § 1666 Nr 4 [Großeltern]; OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1273; AG Frankfurt DAVorm 1982, 365, 367 [jeweils Pflegeeltern]; bedenklich jedoch die Anwendung dieses Grundsatzes, wenn die Eltern das Kind nicht selbst betreuen, sondern lediglich eine dem Kind vorteilhafte Unterbringung durch eine schlechtere ersetzen wollen, vgl BayObLG FamRZ 1985, 522, 523). Besondere Zurückhaltung ist insoweit geboten, wenn es um eine geplante **Umsiedlung des Kindes ins Ausland** geht, etwa bei ausländischen Eltern, die ihr Kind von deutschen Pflegeeltern herausverlangen, oder wenn deutsche Elternteile ihr Kind ins Ausland mitnehmen wollen. Vor allem bei stark abweichenden kulturellen, sozialen und ökonomischen

Lebensbedingungen im Ausland besteht die Gefahr, daß das Kindeswohl allein durch Verbleiben im deutschen Lebensbereich als gewahrt angesehen wird und den ausländischen (bzw. auswanderungswilligen) Eltern damit praktisch die Kinder genommen werden (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1258; die Vorinstanzen in OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811 ff.). Überwiegend ist man jedoch zu Recht der Auffassung, daß die – aus deutscher Sicht – ungünstigeren Entwicklungsbedingungen im fremden Land für sich allein noch keine „Kindesgefährdung“ begründen (vor allem, wenn die Familie von dort stammt; vgl. BVerfG NJW 1986, 3129, 3131 [Eltern aus Zaire]; OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1273 [Eltern aus Ghana]; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931, 932 [deutsche Mutter will mit zwei Kleinkindern nach Pakistan]; BayObLG FamRZ 1984, 1259 [aber später: FamRZ 1985, 737]; LG Berlin FamRZ 1982, 841, 843 [jeweils türkische Familien]; BayObLG ZfJ 1985, 36, 37 [Vater aus USA]). Allerdings können andere Aspekte hinzutreten, aus denen sich eine Gefährdung des Kindeswohls ergibt – etwa die aus einem Abbruch gewachsener Bindungen drohenden Schäden (OLG Hamburg aaO; BayObLG ZfJ 1985, 36, 37) oder der Umstand, daß die Umsiedlung nur durch gewaltsames Brechen des Kindeswillens durchsetzbar wäre (BayObLG FamRZ 1985, 737; BayObLGZ 1974, 317; vgl. Rz 172). Richterlicher Chauvinismus ist ebenso fehl am Platz wie umgekehrt übertriebene Höflichkeit, die elementare Kindesbedürfnisse aus den Augen verliert (zur Ausländerproblematik noch unten Rz 120 ff.).

Die Grenze zwischen „nachteilig“ und „unvertretbar“ ist nicht leicht zu ziehen. 69 Dabei stellt sich die Grundsatzfrage, ob die Gefährdungsgrenze gewissermaßen „statisch“ ist, gleichbleibend für alle Konfliktthemen und in Betracht kommenden Maßnahmen, oder ob sie relativiert wird durch unverkennbare hermeneutische Zusammenhänge, etwa: Je eindeutiger das „Richtige“ für das Kind, um so eher „Unvertretbarkeit“ anderweitiger elterlicher Entscheidungen. Oder: Je geringfügiger die staatliche Intervention, auch in Relation zum Schadenspotential bei Nichteingriff, um so niedriger die Eingriffsschwelle. Und in der Tat, je sicherer die Gerichte im Einzelfall die „richtige“ Entscheidung zu wissen glauben, um so eher drohen richterliche Übergriffe in den elterlichen Erziehungsprimat (problematisch insoweit BayObLG FamRZ 1982, 86 [Erzwingung des Kindergartenbesuchs] sowie viele Entscheidungen zum Umgang des Kindes mit den Großeltern, vgl. unten Rz 109, 110). Nicht die vermeintliche Gewißheit über das eigentlich Gebotene ist aber entscheidend, sondern die Vertretbarkeit der elterlichen Bestimmung im Lichte der verfassungsrechtlich festgelegten Gefährdungsschwelle. Es darf nicht verkannt werden: Beim Gefährdungsbegriff geht es um Risikofragen, „Gefährdung“ ist kein deskriptives, schlicht subsumtionsfähiges Tatbestandsmerkmal, sondern überantwortet dem Vormundschaftsrichter die verantwortliche Risikoabwägung für Kind und Eltern (bezogen auf Eingriff bzw. Nichteingriff) für jeden Einzelfall und damit letztlich die konkrete Grenzziehung zwischen Elternrecht, Kindesrecht und staatlichem Wächteramt. Dabei können die Höhe eines Risikos und das Gewicht eines Eingriffs in die elterlichen Befugnisse nicht unbeachtlich sein. Allerdings setzt § 1666 in ersterer Hinsicht eine Mindestgrenze: Die nur marginale Beeinträchtigung elterlicher Kompetenz, etwa bei vormundschaftsgerichtlichen Ermahnungen, Auflagen, Ge- oder Verboten, legitimiert nicht staatliche Mitsprache bei der Erziehung, sofern dem Kind nicht andernfalls erheblicher Schaden droht. Das gleiche gilt für (vermeintlich) offenbare elterliche Unvernunft, die dem staatlichen Eingriff sein Gewicht zu nehmen scheint. Nur wenn ein besonders hohes Schadenspotential beim Kind einem relativ geringfügigen Eingriff in die elterliche Sorge gegenübersteht, kann dies rechtfertigen, die *Gewißheitsanforderungen* an die Gefährdung herabzusetzen – bis hin etwa zur „konkreten Möglichkeit“ (vgl. TIEDEMANN NJW 1988, 729, 735 betr. die Ersetzung elterlicher Zustim-

mung zu einem Aids-Test am möglicherweise infizierten Kind, dazu noch Rz 81; zur Notwendigkeit eines flexiblen Beweismaßes grundlegend ZENZ, Kindesmißhandlung 379–389).

Ist umgekehrt die Eingriffsbetroffenheit der Eltern extrem hoch, so verbietet das Kindesrecht eine entsprechende Heraufsetzung der Gefährdungsschwelle oder auch nur des Beweismaßes – statt dessen bindet § 1666 a die vormundschaftsgerichtlichen Maßnahmen nachdrücklich an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Eine sachliche Relativierung der Gefährdungsschwelle ist also im Grundsatz abzulehnen (unbeschadet einer unvermeidlichen hermeneutischen Schwankungsbreite sowie der angedeuteten Flexibilisierung des Beweismaßes).

70 c) Gefährdungsursachen

Das Gesetz nennt drei elterliche Verhaltensweisen sowie, als vierten Fall, das Verhalten Dritter, auf die nach hM die Kindesgefährdung ursächlich zurückzuführen sein muß (Rz 22). Nach der hier vertretenen Auffassung ist allein das Merkmal der Kindesgefährdung entscheidend für die Frage einer staatlichen Intervention, die Ursachen sind letztlich unerheblich (Rz 23, 24). Der Bezug auf eine gesetzliche Variante in den Entscheidungsbegründungen hat eher willkürlichen und illustrativen Charakter. Dies folgt auch daraus, daß die aufgezählten elterlichen Verhaltensweisen nicht klar voneinander abgrenzbar sind: „Versagen“ deckt als umfassender Auffangtatbestand ohnehin inhaltlich jedes elterliche Verhalten ab, einschl. „Mißbrauch“ und „Vernachlässigung“, und auch die Grenzen zwischen diesen beiden Verhaltensformen sind fließend (ZENZ, Kindesmißhandlung 96). Die Zuordnung hängt im Einzelfall davon ab, ob das Schwergewicht mehr auf die positive elterliche Handlung oder Entscheidung gelegt wird oder auf die dadurch verursachte Behinderung von Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes (zB: Verweigerung von Schul- oder Kindergartenbesuch [Rz 101, 102] oder des Umgangs mit Großeltern [Rz 109, 110]). Ob ein konkreter Fall der Kategorie des Mißbrauchs, der Vernachlässigung oder des Versagens zugeordnet wird, ist deshalb mehr eine Frage subjektiver Präferenz oder des Zufalls. Grundsätzliche wie auch diese praktischen Gesichtspunkte lassen die im Gesetz genannten Gefährdungsursachen deshalb als ungeeignet erscheinen für eine systematische Ordnung der Fallgruppen, die von der Generalklausel des § 1666 erfaßt werden (vgl Rz 11). Bevor auf jene eingegangen wird, soll deshalb nur allgemein skizziert werden, wie die einzelnen Verhaltenstatbestände üblicherweise definiert werden.

71 aa) Mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge

Mißbrauch ist die aktive Variante pflichtwidrigen elterlichen Verhaltens, sie besteht im falschen, rechts- und zweckwidrigen Gebrauch des Sorgerechts in einer dem Kindeswohl und dem Erziehungsziel objektiv zuwiderlaufenden, jedem vernünftig und besonnen denkenden Elternteil erkennbaren Weise (BayObLG FamRZ 1981, 814, 816; DAVorm 1983, 78, 81; BayObLGZ 1983, 231, 235 f; OLG Karlsruhe FamRZ 1974, 661, 662; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931; AG Helmstedt ZfJ 1987, 85 f; AG Moers ZfJ 1986, 113, 114). Kurz gesagt ist Mißbrauch „jedes Ausnutzen des Sorgerechts zum Schaden des Kindes“ (AG Helmstedt 86; zur Tendenz und Fragwürdigkeit einer Definition des Mißbrauchsbegriffs aus der Kindesschädigung heraus vgl oben Rz 20).

Mißbrauch kann auch, unabhängig von der elterlichen Bestimmung, schon darin liegen, daß die Eltern aus einer starren Grundposition heraus in eine verantwortliche Abwägung der Kindesinteressen gar nicht eintreten (LG Berlin FamRZ 1980,

285, 287) oder das Kind belastende Entscheidungen treffen, ohne die erforderliche begleitende Beratung und Hilfe anzubieten (LG Berlin aaO).

„Mißbrauch“ ist damit seinerseits ein *unbestimmter Rechtsbegriff*, dessen Konkretisierung tatsächliche wie Wertungselemente umfaßt und der vollen Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht unterliegt (BayObLG ZBIJugR 1981, 272, 274; FamRZ 1981, 814, 816; FamRZ 1981, 999, 1000; DAVorm 1983, 78, 81 f; FamRZ 1984, 928, 929).

bb) Vernachlässigung des Kindes

72

Vernachlässigung ist passives Verhalten, wo elterliche Sorgepflicht Handlungen und Entscheidungen gebietet. Eine derartige Pflicht ergibt sich auch hier aus dem Kindeswohl, wie es von durchschnittlichen und besonnenen Eltern verstanden wird, und aus dem Erziehungsziel (Rz 59). Vernachlässigung besteht typischerweise in der Verletzung von Betreuungspflichten. Bei Verletzung speziell der Unterhaltungspflicht kommt nicht nur Entzug der Personensorge, sondern gem Abs 3 auch der Vermögenssorge in Betracht.

Auch bei der „Vernachlässigung“ handelt es sich um einen *unbestimmten Rechtsbegriff* (verfehlt ERICHSEN-REUTER 36, 62 f, wonach Untätigkeit von vornherein aus dem Schutzbereich des Art 6 Abs 2 S 1 GG herausfalle: Die Entscheidung über das „Ob“ von Maßnahmen gehört grundsätzlich auch zum elterlichen Sorgeprimat; auch müßte konsequenterweise die Eingriffsschwelle für den Staat entfallen).

cc) Versagen der Eltern

73

Der Versagenstatbestand ist die umfassende Sub-Generalklausel für den Bereich elterlichen Verhaltens. Er erfaßt jede Nichterfüllung elterlicher Pflichten ohne Rücksicht auf subjektive Zurechenbarkeit, deckt also auch voll die Mißbrauchs- und Vernachlässigungsfälle ab. Insoweit fungiert die Versagensklausel als *Auffangtatbestand*, die es erlaubt, die Schuldfrage im Einzelfall offenzulassen (Rz 15). Unter „Versagen“ fallen weitergehend aber auch nicht-kindgerichtete Verhaltensweisen, die dennoch das Kindeswohl beeinträchtigen (zB schädliches Vorbild, schwere Elternkonflikte, Alkohol- oder Drogenabhängigkeit). Insoweit muß, wenn keine sinnwidrige Lücke im Kindesschutz entstehen soll, *auch schuldhaftes Versagen* zum Eingriff berechtigen (Rz 23). Der Versagensbegriff blendet im Grunde das elterliche Verhalten aus dem Eingriffstatbestand des § 1666 aus; was „Versagen“ ausmacht, läßt sich allein vom Kindeswohl her bestimmen, und konsequenterweise ist die Gefährdung des Kindeswohls das ausschlaggebende Tatbestandsmerkmal (Rz 23, 24). Versuche, eine eigenständige Funktion des Versagensbegriffs im Tatbestand des § 1666 Abs 1 S 1 dadurch zu retten, daß für diese Alternative eine besondere Evidenz elterlichen Fehlverhaltens gefordert wird (PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 14; MünchKomm-HINZ Rz 41) oder eine erhöhte Eingriffsschwelle (D SCHWAB oben Rz 15), verfehlen die objektive Struktur des Tatbestandes und sind auch verfassungsrechtlich nicht geboten: Der intendierte Schutz des Elternrechts wird bereits voll vom Gefährdungsbegriff geleistet.

dd) Verhalten eines Dritten

74

Diese Alternative wurde im Interesse umfassenden und effektiven Kindesschutzes eingefügt (BT-Drucks 8/2788 S 39; vgl Rz 9), sie unterstreicht die tatbestandliche Unmaßgeblichkeit der Ursachen einer Kindeswohlgefährdung. Der Sache nach liegt auch bei gefährdendem Verhalten eines Dritten elterliches „Versagen“ vor, denn der Kindesschutz ist umfassend vorrangig den Eltern überantwortet. Der Eintritt einer Gefährdung offenbart einen bisherigen Ausfall der elterlichen Schutzfunktion

(vgl ERICHSEN-REUTER 70 f; HORNDASCH 201; ähnl SOERGEL-STRÄTZ Rz 31). Der auch künftige Ausfall gehört zu den konstitutiven Eingriffsvoraussetzungen und ist deshalb gesondert festzustellen (Abs 1 S 1: Abwendungsprimat der Eltern, s Rz 131). Der Schutz der Eltern setzt sich bei dieser Art auf der Rechtsfolgende fort: Maßnahmen unmittelbar gegen den Dritten sind vorrangig zu treffen (Münch-Komm-HINZ Rz 45). Es sind jedoch auch Eingriffe in die Personensorge der Eltern möglich – dies aber nur dann und insoweit, als Maßnahmen gegen den Dritten nicht ausreichen (MünchKomm-HINZ aaO; SOERGEL-STRÄTZ Rz 31). Im Lichte kindesorientierten Schutzes kann es dabei nicht darauf ankommen, ob die Eltern sich pflichtgemäß um Gefahrabwendung bemüht haben oder nicht (aA GERNHUBER § 49 III 3; RGRK-ADELMANN Rz 51; ERICHSEN-REUTER 71; ansatzweise, wenngleich nicht im Ergebnis auch SOERGEL-STRÄTZ Rz 31) – auch hier gilt, daß das trotz pflichtgemäßen Verhaltens der Eltern gefährdete Kind nicht (teilweise) schutzlos bleiben kann (vgl Rz 18).

2. Fallgruppen

75 a) Gesundheitsgefährdungen

Auf Grund der untrennbaren Verflochtenheit körperlicher, geistiger und seelischer Beeinträchtigungen des Kindeswohls (Rz 58) wird hier ein Gesundheitsbegriff zugrunde gelegt, der alle Komponenten des Kindeswohl gleichermaßen umfaßt.

aa) Klassischer Eingriffsfall im Rahmen des § 1666 ist die **Kindesmißhandlung**, die auch in der heutigen Familienwirklichkeit eine bedrückend hohe Zahl erreicht (grundl ZENZ, Kindesmißhandlung [1981]; GIESEN [1979]; HAESLER [Hrsg] [2. Aufl 1985]; HURRELMANN, Warum Eltern zu Tätern werden, forschung, Mitt der DFG 1/ 89, 10–12; BARTH ZfJ 1986, 236 ff). Das Schwergewicht hat sich verlagert von der gezielten Schädigung auf unkontrollierte Affekthandlungen und auf das Kind umgeleitete Aggressionen, oft von den überforderten Eltern einer isolierten und emotionalisierten Kernfamilie (ZENZ aaO 55 ff, zu den komplexen Ursachen von Kindesmißhandlungen 183–224). Demgemäß steht beim Kinderschutz nicht die retrospektive Aufklärung der elterlichen „Tat“ im Mittelpunkt, sondern der Versuch, die komplexe Beziehungsstörung im Eltern-Kind-Verhältnis zu erfassen (als deren Symptom nur die Tat gewertet werden muß), um ihre Ursachen zu beseitigen (ZENZ, Kindesmißhandlung 96, 243, 245, 351 ff). Die Ergebnisse paralleler strafrechtlicher Ermittlungen sind deshalb nur begrenzt von Bedeutung: Neben der Unerheblichkeit von Schuld im Rahmen des § 1666 ist auch das Ermittlungsthema nicht dasselbe. Betroffen sind meist kleinere Kinder. Ausgelöst werden staatliche Maßnahmen zumeist durch gravierende körperliche Verletzungen (von den Eltern oft als „Unfälle“ getarnt, ZENZ, Kindesmißhandlung 244), was jedoch nicht den Blick dafür versperren sollte, daß die durch körperliche Mißhandlung verursachten seelischen Schädigungen oft schwerwiegender und nachhaltiger sind (unbeschadet der, offenbar zunehmenden, Möglichkeit rein psychischer Mißhandlungen). Auf letztere sind die Ermittlungen zur „Kindesgefährdung“ deshalb besonders zu richten (ZENZ, Kindesmißhandlung 342, mit entspr Konsequenzen für die zu treffenden Maßnahmen: Nicht nur ärztliche Behandlung der Körperverletzung, sondern auch psychotherapeutische Behandlung, 287, 296, vgl Rz 138, 157). Das gilt in verstärktem Maße für den **sexuellen Mißbrauch** von Kindern, der offenbar eine besonders hohe Dunkelziffer aufweist (TRUBE-BECKER in: HAESLER [Hrsg] 117–134; RÖCKER in: Du Bois [Hrsg], Praxis und Umfeld der Kinder- u Jugendpsychiatrie [1989] 145 ff).

76 Nachdem der Gesetzgeber sich nicht zu einem allgemeinen Verbot von Gewalt gegenüber Kindern hat durchringen können (vgl DIEDERICHSEN NJW 1980, 1–3

mwN), bedarf es auf der Tatbestandsseite der **Abgrenzung zwischen „gerechtfertigten Züchtigungen“ und Kindesmißhandlungen**. „Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen“ iSv § 1631 Abs 2 sind niemals gerechtfertigt (sie sind im übrigen nicht auf Züchtigung oder sonstige Sanktionen beschränkt, vgl BayObLG DAVorm 1983, 78, 79: Kontrolle der Geschlechtsorgane einer 14jährigen durch ihre italienischen Eltern) und gefährden per definitionem zumindest das seelische Kindeswohl. Im übrigen geht es im Rahmen des Gefährdungsbegriffs um die Konkretisierung der Grenzlinie zwischen (noch) hinnehmbaren Einwirkungen der Eltern auf das Kind und unvertretbaren Kindesschädigungen. Die Rechtsprechung anerkennt die grundsätzliche Möglichkeit von angemessenen Züchtigungen „im Rahmen des Erziehungszwecks“ (BayObLG DAVorm 1983, 78, 82; FamRZ 1984, 928, 929), greift aber ein, wenn die Züchtigung entweder von der *Schwere* her (ernsthaftere Körperverletzungen) jedes vertretbare Maß übersteigen oder durch ihre *Häufigkeit* dazu führen können, daß das Kind seelisch geschädigt (dh ängstlich, verstört) wird (BayObLG DAVorm 1981, 897, 899; DAVorm 1983, 78, 82; FamRZ 1984, 928, 929; DAVorm 1985, 914, 916; OLG Stuttgart FamRZ 1974, 538, 539). Unangemessene, aber einmalig gebliebene Züchtigungen reichen idR nicht aus (BayObLG DAVorm 1981, 897, 899; LG Berlin FamRZ 1983, 943, 944), weil es an einer Kindesgefährdung für die Zukunft fehlt; anderes kann gelten, wenn die elterliche Entgleisung das Eltern-Kind-Verhältnis schwerwiegend gestört und zu Angst und Entfremdung geführt hat (BayObLG FamRZ 1984, 932 f).

Das Abstellen auf einen „Erziehungszweck“ lenkt gelegentlich vom Gebot des effektiven Kindesschutzes ab. So will das LG Berlin (FamRZ 1983, 943, 944) bei objektiv unangemessenen Züchtigungen zugunsten der Eltern „mildernd“ berücksichtigen, daß diese damit einen Erziehungserfolg anstrebten. Erstens geht es aber nicht um Elternbestrafung, sondern um die Wahrung der Grundrechte des Kindes, zweitens begründet gerade diese „Erziehungskonzeption“ der Eltern die Gefahr auch künftiger Übergriffe auf das Kind. Dabei ist es für den nach § 1666 gebotenen Kindeschutz unerheblich, ob die elterlichen Erziehungsvorstellungen aus einem fremden Kultur- und Rechtskreis herrühren (anders LG Berlin aaO) – auch für Ausländerfamilien in der Bundesrepublik gilt insoweit deutsches Recht (Rz 54 und unten Rz 120 ff, 183; zutr anders BayObLG FamRZ 1984, 1259, 1260 für die Beurteilung von familiären Vorgängen *in der Türkei*).

Verfehlt ist auch die Auffassung, körperliche Züchtigungen seien bei *älteren Kindern eher unangemessen als bei jüngeren* (so OLG Stuttgart FamRZ 1974, 538, 539 [Kinder 14–16 J]; BayObLG DAVorm 1983, 78, 79, 82 [14 J]). Sicherlich steht bei Heranwachsenden deren gereifte Persönlichkeit und fortgeschrittene Mündigkeit entgegen (vgl § 1626 Abs 2); andererseits sind kleine Kinder besonders verletzlich und Schläge kaum jemals „erforderliches“ Erziehungsmittel. Der Umstand, daß gerade kleine Kinder die Hauptzielgruppe mißhandelnder Eltern sind, mahnt insoweit zu erhöhter Sensibilität (zutr OLG Frankfurt FamRZ 1980, 284, 285: Lt elterlichem Beschwerdevortrag [in der Rechtsbeschwerdeinstanz!] sei es ein „seit Jahrhunderten bewährtes Mittel . . . , Kinder im Säuglingsalter zu züchtigen, damit sie Nahrung zu sich nehmen“). Die Möglichkeit einer „erzieherischen Rechtfertigung“ der Züchtigung von Kleinkindern sollte schon aus generalpräventiven Gründen aus der juristischen Gedankenwelt verschwinden.

bb) Die Ausbeutung der Arbeitsleistung des Kindes kann unter dem Gesichtspunkt körperlicher oder geistiger Gefährdung zum vormundschaftsgerichtlichen Eingriff berechtigen. Dabei ist die Vorgabe der §§ 1618 a, 1619 (Beistands- und Dienstpflicht) zu beachten (näher mwN § 1619 Rz 44).

- 80 cc) Eine Gesundheitsgefährdung kann auch drohen, wenn die Eltern eine objektiv gebotene oder vom Kind gewünschte **ärztliche Behandlung verweigern**. So wurde eingegriffen zugunsten der Behandlung psychisch gestörter Kinder (BayObLG FamRZ 1984, 929, 930; FamRZ 1984, 933, 934; KG FamRZ 1972, 646, vgl unten Rz 116; die elterliche *Einwilligung* zur **gerichtsprsychologischen Begutachtung** des Kindes hingegen begründet regelmäßig, trotz der damit verbundenen seelischen Belastungen, noch keine Kindesgefährdung iSd § 1666, BayObLG FamRZ 1987, 87 f, vgl Rz 163) oder bei Zeugen Jehovas, die eine medizinisch indizierte Bluttransfusion bei ihren Kindern ablehnten (OLG Hamm FamRZ 1968, 221 f; bloße Möglichkeit künftiger Verweigerung genügt aber nicht, BayObLG FamRZ 1976, 43, 46 [zu § 1671]) oder bei sonstigen Behandlungsnotwendigkeiten (KG FamRZ 1970, 491, 492 [Verdacht auf frühkindliche Hirnschädigung]; BayObLG FamRZ 1988, 748 [Ernährungsmängel]). Die Verweigerung medizinisch nicht notwendiger Eingriffe („Schönheitsoperationen“) führt idR nicht zu einer Kindeswohlgefährdung; anders mag sich die Lage darstellen, wenn es um die medizinisch problemlose Beseitigung körperlicher Entstellungen geht, die den Heranwachsenden seelisch erheblich belasten.
- 81 Die **Ablehnung ärztlich empfohlener Impfungen** führt noch nicht zu einer hinreichend konkreten Kindesgefährdung; das gleiche gilt bei gesetzlich vorgeschriebenen Impfungen, die vorrangig der Volksgesundheit dienen (nur öffentlich-rechtliche Sanktionen, BSeuchG). Anders wäre zu entscheiden, wenn die Eltern ihr Kind in infektionsgefährdete Gebiete (Tropen) mitnehmen und die erforderlichen Schutzimpfungen nicht vornehmen lassen wollen.
- Ob die Ablehnung eines **Aids-Tests** für das Kind dessen Wohl gefährdet, hängt von den Indizien für eine eingetretene HIV-Infektion ab. Die Wahrscheinlichkeit einer Infektion steht in direkt proportionalem Verhältnis zur Konkretheit einer Kindesgefährdung – die elterliche Ablehnung eines Tests verschließt uU noch mögliche Heilungs- oder zumindest Linderungschancen (TIEDEMANN NJW 1988, 729, 735: Ersetzung der elterlichen Einwilligung gem § 1666 Abs 2; zum Aids-Test bei geplanter Adoption KALLABIS ZfJ 1988, 54, 58).
- 82 Besondere Probleme stellen sich beim **Schwangerschaftsabbruch**, wenn die minderjährige Tochter ihn wünscht und eine Indikation nach § 218 a StGB vorliegt (ist letzteres nicht der Fall, ist der Abbruch ohnehin verboten, die Frage der Kindesgefährdung ist im Rahmen des § 218 a Abs 2 Ziff 3 StGB implizit mitgeprüft und verneint; vgl LG Köln FamRZ 1987, 207; AG Celle FamRZ 1987, 738; zum Recht des VormG, die ärztliche Indikationsstellung zu überprüfen, oben Rz 34, 35). Die Erteilung wie auch die Verweigerung elterlicher Zustimmung zum Abbruch birgt das Risiko erheblicher Belastungen, vor allem seelischer Art, für die Tochter. Die elterliche Verweigerung hält sich deshalb grundsätzlich im Rahmen vertretbarer Kindeswohlkonkretisierung, sofern die Sorgeberechtigten der Schwangeren und späteren jungen Mutter gleichzeitig die erforderliche seelische, materielle und organisatorische Unterstützung anbieten (LG München I FamRZ 1979, 850 f; AG Helmstedt ZfJ 1987, 85 f; LG Köln FamRZ 1987, 207). Eine Verweigerung aus starrer dogmatischer Grundhaltung heraus, ohne Abwägung der Belange der Schwangeren und ohne Angebot flankierender Hilfe, kann hingegen das Kindeswohl gefährden iSd § 1666 (LG Berlin FamRZ 1980, 285 ff; vgl noch Rz 116).
- 83 Voraussetzung vormundschaftsgerichtlicher Maßnahmen nach § 1666 ist hier wie auch bei sonstigen Fragen medizinischer Behandlung, daß die Eltern insoweit noch **entscheidungsbefugt** sind (dazu ie Rz 114).

In Betracht kommt vor allem die Ersetzung der elterlichen Einwilligung in Eingriff und Behandlungsvertrag gem § 1666 Abs 2.

dd) Durch **Aids** besonders aktuell geworden ist die Frage, ob das gesunde Kind **84** durch **Verbleib bei infizierten Eltern** gefährdet ist (zum Aids-Test beim Kind Rz 81). Die Antwort hängt, wie bei anderen Krankheiten auch, von der Infektionsgefahr ab, wie sie nach dem jeweiligen Stand der medizinischen Erkenntnis zu beurteilen ist. Keinesfalls berechtigt zur Trennung von Eltern und Kindern der Aspekt, daß die Kinder ihre infizierten Eltern später (auf Grund des Krankheitsfortschritts) ohnehin verlieren werden. Soweit eine Übertragung des Aids-Virus durch Muttermilch möglich ist (LAUFS-LAUFS NJW 1987, 2257, 2259), genügt Aufklärung und ggf ein Stillverbot gegenüber der Mutter. Im übrigen geht man derzeit davon aus, daß der bloße soziale Kontakt, auch innerhalb der Familie (einschl Umarmungen, Niesen etc) noch keine Infektionsgefahr mit sich bringt (LAUFS-LAUFS 2260). Demgemäß rechtfertigt die HIV-Trägerschaft eines oder beider Elternteile allein noch keine Herausnahme des Kindes aus der Familie (TIEDEMANN NJW 1988, 729, 730, 735; vgl OLG Hamm NJW 1989, 2336).

ee) Auch **Vernachlässigung** kann zur Gefährdung der körperlichen, seelischen und **85** geistigen Gesundheit des Kindes führen. Dies allerdings nicht schon dann, wenn Sauberkeit und Ordnung in der elterlichen Wohnung hinter dem gewünschten Maß zurückbleiben (LG Mannheim DAVorm 1964, 9 ff). Eine frühere Tendenz zur Überbetonung solcher Äußerlichkeiten (vgl OLG Hamm NJW 1950, 393 f; OLG Celle ZBJugR 1954, 305 f) übersah nicht nur die Lebensrealitäten von Familien in beengten Wirtschafts- und Wohnverhältnissen, sondern vor allem den weit gewichtigeren seelisch-emotionalen Faktor, dh die möglicherweise intakten Eltern-Kind-Bindungen trotz äußerlich ungünstiger Verhältnisse. Außerdem bestand die Gefahr der Oktroyierung mittelschichtspezifischer Standards. Gerade auch in den Vernachlässigungsfällen leistet das Gefährdungskriterium die entscheidende Abgrenzung zwischen elterlicher Freiheit und staatlichem Wächteramt (vgl oben Rz 18).

Insbes bei Kleinkindern können **Betreuungsdefizite** zu körperlichen Gesundheitsge- **86** fährdungen führen, etwa bei schwerwiegenden Ernährungs- oder Hygienemängeln (BayObLG FamRZ 1988, 748 [alimentär bedingte Dystrophie und Austrocknung]; FamRZ 1989, 421, 422 [extrem unhygienische Verhältnisse, Ernährung der 1–3-jährigen Kinder mit Popcorn]). Häufig erstreckt sich die vernachlässigungsbedingte Gefährdung der Kinder aber auch gleichzeitig auf den geistig-seelischen Bereich, etwa bei langjährig unstemem, desinteressiertem Verhalten der Eltern und häufiger Abwesenheit (BayObLG FamRZ 1980, 1062, 1064 [aber abgeändert DAVorm 1982, 611, 614 wegen Konsolidierung der elterlichen Verhältnisse]; LG Berlin ZBJugR 1980, 188 f). Dieses Verhalten kann auch durch Probleme der Eltern in ihrem eigenen Persönlichkeitsbereich begründet sein (Drogen, Halt- und Orientierungslosigkeit, Antriebsarmut etc; vgl BayObLG FamRZ 1986, 102, 103; LG Berlin aaO; AG Kerpen ZBJugR 1985, 470, 471 f). Schon im embryonalen Stadium durch Drogen- oder Alkoholkonsum der Mutter geschädigte Kinder bedürfen besonderer Zuwendungs- und Erziehungsqualität. Bei weiterer Konsumabhängigkeit der Eltern kann hier zur Abwehr zusätzlicher Gefährdungen einzuschreiten sein (LÖSER-ILSE, Sozialpädiatrie in Praxis und Klinik 1987, 614, 616 f).

Die Vernachlässigung kann auf den **seelisch-emotionalen Bereich** beschränkt sein – **87** sie ist dann „diskreter“, aber für das Kind nicht weniger schwerwiegend. Sie äußert sich in fehlender persönlicher Zuwendung und der Verweigerung eines Beziehungsaufbaus und kann gravierende Spätfolgen für das Kind nach sich ziehen (vgl die Beiträge in HAESLER [Hrsg], Kindesmißhandlung [2. Aufl 1985] von SOLMS, 135–146, HELLBRÜGGE, 155–174 [auch zu den „Lebensborn-Kindern“] und BETTSCHART, 175–191 [mit der Unterscheidung Armuts-/Luxusverwahrlosung]). Die Vernachlässigung kann auch darin bestehen, daß die Eltern das Kind in einer schwierigen

Lebenssituation ohne Rat und Unterstützung seinen Problemen überlassen (KG JW 1937, 473; LG Berlin FamRZ 1980, 285, 287; AG Dorsten DAVorm 1978, 131 [jeweils schwangere Tochter]; OLG Köln NJW 1948, 342 [bettnässender älterer Sohn]).

Die **Überlassung** von Kindern unter drei Jahren in **Tagesbetreuung** führt nach dem derzeitigen Wissensstand nicht per se zur seelischen Kindesgefährdung (vgl BayObLG ZfJ 1990, 313, 314; HÄBEL ZfJ 1988, 530, 534 sowie die Förderung dieser Betreuungsform im neuen Jugendhilferecht, §§ 22–24 KJHG, dazu BT-Drucks 11/5948 S 62–64; 10/6730 S 36; auch ist die Tagesbetreuung von Kleinkindern im Ausland zT wesentlich verbreiteter als in der Bundesrepublik). Gleiches gilt für die Überlassung eines Säuglings an ungeeignete Adoptivbewerber, wenn sie alsbald revidiert wird (BayObLG ZfJ 1990, 313, 314).

88 ff) Umgekehrt ist die seelische Gesundheit des Kindes ernsthaft gefährdet, wenn seine Entwicklung durch überfürsorgliches „Bemuttern“ gehemmt wird (Fälle der **overprotection**). So etwa bei Mutter-Sohn-Symbiosen, in denen das Kind von Außeneinflüssen ganz abgeschottet und seelisch völlig von der Mutter abhängig ist – mit der Folge von Entwicklungsrückständen oder gar psychosomatischen Krankheiten (BayObLG FamRZ 1987, 1080 [„geistige Verwahrlosung“]; AG Moers ZfJ 1986, 113 [die Mutter wirke „erstickend“]; vgl HIRSCH 21 f).

89 gg) Zur geistig-seelischen Gesundheit des Kindes ist auch seine **sittliche, moralische und soziale Wertbildung** zu rechnen. Allerdings ist in diesem Bereich in doppelter Hinsicht Vorsicht geboten:

(1) Das Menschenbild des GG ist inhaltlich nicht durchgezeichnet. Es postuliert das selbstbestimmungsfähige, selbstverantwortliche und gemeinschaftsfähige Individuum, ist im übrigen aber *wertoffen*. Dementsprechend werden rechtsverbindliche inhaltliche Erziehungsziele, die über das vorgenannte Menschenbild hinausgehen, abgelehnt (COESTER, Kindeswohl 183 ff, 189 ff; MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 52). An der Wertoffenheit der Verfassung sind sowohl die Freiheit der Eltern in der Erziehung wie auch der Begriff der Kindeswohlgefährdung zu orientieren – Kinderschutz gem § 1666 kann nicht der Ort sein, gesellschaftliche oder moralische Werte gerichtlich durchzusetzen, die für den erwachsenen Staatsbürger keine rechtliche Verbindlichkeit besitzen. Insbesondere kann nicht – entgegen einer traditionellen Tendenz vor allem im sittlichen Bereich (dazu HIRSCH 13–16; HÖHNE 254–267) – Erziehung des Kindes in Konformität mit gesellschaftlich vorherrschenden Werten verlangt werden, seien diese nun hochstilisiert zum „Sittengesetz“ (vgl die strafrechtliche Entscheidung BGHSt 6, 46, 53, stellvertretend für häufige Begründungspraxis), als „gelebte Normen unserer Gesellschaft“ (WEGENER JZ 1985, 850, 851) oder als „Grundwerte“ bezeichnet (BOSCH FamRZ 1985, 1286). Die Forderung nach gerichtlicher Sanktionierung dieser Werte verläßt den Boden der verfassungsrechtlichen Ordnung und des hieraus zu definierenden staatlichen Wächteramts. Das Kind ist nicht Instrument gesellschaftlicher Wertmajorisierung (oder gar der Oktroyierung schichtenspezifischer Werte), vielmehr gelten die allgemeinen Grundsätze des Kindesschutzes: Nicht nur in ökonomischer, sozialer und bildungsmäßiger Hinsicht sind die Eltern grundsätzlich „Schicksal“ für ihre Kinder, sondern auch hinsichtlich der Wertatmosphäre im Elternhaus; es genügt nicht für einen Eingriff, daß andere Verhältnisse für das Kind besser oder wünschenswerter wären (vgl oben Rz 67).

90 (2) Auch bei rechtlich beachtlicher Wertgefährdung ist auf die *proportional angemessene Gewichtung* im Rahmen des Gesamt-Kindeswohls zu achten. Das gesellschaftliche/staatliche Eigeninteresse am Schutz der rechtlichen Wertordnung führt häufig zu einer Überbetonung oder gar Absolutsetzung dieses Aspekts. Zwar ist

über das Erziehungsziel der „Gemeinschaftsfähigkeit“ auch das individuelle Kindesinteresse auf Einführung in das gesellschaftlich herrschende Wertsystem gerichtet. Dieses Teilinteresse steht aber *neben* anderen, ebenfalls wichtigen Kindesinteressen, etwa dem an Kontinuität der Lebensverhältnisse und Erhaltung positiver, gewachsener Elternbindungen (ie COESTER, Kindeswohl 235–241). Die schädigende Wertbeeinflussung ist abzuwägen gegen den Schaden, der aus dem Eingriff in letztere Beziehungen droht (vorbildlich insoweit OLG Stuttgart NJW 1985, 67 f, mit krit Bespr von WEGENER JZ 1985, 850 f; SCHÜTZ FamRZ 1986, 947 ff; BOSCH FamRZ 1985, 1286) – dessen verbreitete Ignorierung oder Geringschätzung entgegen allgemeinen Grundsätzen deutet darauf hin, daß an Stelle des individuellen Kindesinteresses das Interesse der Allgemeinheit an „geeignetem Nachwuchs“ (SCHÜTZ FamRZ 1986, 947 ff, 948, 949), an „tüchtigen Gliedern der Gesellschaft“, an „Demokraten“ (GEIGER FamRZ 1979, 457, 459; vgl § 1 Abs 1 JWG) entscheidungsleitend war oder aber staatlicher Wert- und Institutionenschutz.

Im einzelnen: Im **sexuellen Bereich** ist das Kindeswohl stets gefährdet, wenn das **91** Kind von den Eltern, sonstigen Verwandten oder Dritten unmittelbar in sexuelle Handlungen hineingezogen wird (BayObLGZ 1958, 97 ff; LG Lübeck SchlHA 1960, 257 f; AG Kiel NDV 1953, 347 f). Anderes kann gelten für partnerschaftliche Sexualbeziehungen des/der Heranwachsenden: Sie sowie ihre Duldung durch die Eltern führen nicht schon allein zur Kindesgefährdung (anders VoraufL Rz 51, 55, 182), elterliche Verbote sind nach § 1632 Abs 2 zu beurteilen (s Erl dort; vgl LG Berlin FamRZ 1985, 519: Verbot bei lesbischer Beziehung).

Das seelisch-geistige Wohl des Kindes kann auch dadurch gefährdet sein, daß es **92** *dem elterlichen Sexualleben exponiert* ist. Hierzu genügt allerdings noch nicht, daß das elterliche Verhalten für sich von herrschenden sittlichen Standards abweicht (auf Grund rapiden Standardzerfalls sind viele Situationen heute ohnehin kein Eingriffsthema mehr, zB die nichteheliche Lebensgemeinschaft des sorgeberechtigten Elternteils mit einem Dritten oder FKK-Anhängerschaft, vgl VoraufL 219 ff, 84 ff sowie BVerfGE 7, 320, 325 f; HÖHNE 255 ff). Es bleiben aber zB Fälle der dem Kind erkennbaren Prostitution (BayObLG ZBlJugR 1954, 28 f; bei fehlender Erkennbarkeit nicht ohne weiteres Eingriff, OLG Hamburg HansRGZ 1935 B 371) oder der elterlichen Sexualbetätigung vor Augen des Kindes (OLG Stuttgart NJW 1985, 67 f [Fall des § 1696; kein Eingriff, da einmaliger Vorfall sowie harmonische Mutter-Kind-Beziehung und bislang positive Kindesentwicklung, vgl Rz 90]). Auch ehewidrige Geschlechtsbeziehungen innerhalb der Familienwohnung dürften das Kind seelisch erheblich belasten (vgl OLG Hamm JMBI NRW 1962, 243: Gebot an Vater, die Geliebte nicht in Ehewohnung übernachten zu lassen).

In religiösen Fragen gebietet schon Art 4 GG Toleranz. Die Zuführung des Kindes **93** zu einer Minderheitsreligion oder Sekte kann vormundschaftsgerichtliche Eingriffe allein nicht rechtfertigen – auch über das Kindeswohl darf der Staat nicht Glaubensgemeinschaften bewerten (näher COESTER, Kindeswohl 230 ff); die Rechtsprechung verhält sich dementsprechend neutral (vgl BayObLG FamRZ 1963, 195, 196; FamRZ 1976, 43, 45; LG Lübeck SchlHA 1964, 170 f; AG Hofgeismar FamRZ 1955, 216). Die Toleranz ist allerdings nicht grenzenlos: Die Glaubensfreiheit der Eltern gibt ihnen nicht das Recht, das Kind zum Instrument und Objekt ihrer religiösen Überzeugung zu machen unter grober Beschneidung von dessen Entwicklungschancen iSd grundgesetzlichen Erziehungsziels (COESTER, Kindeswohl 234). Das gilt für Kindeswohlbeeinträchtigungen in Ausübung inhaltlich grundsätzlich akzeptabler Religion (etwa Vernachlässigung oder Mitschleppen des Kindes bei Missionstätigkeit bis in die Nachtstunden), aber auch für Sekten, die die Persönlichkeitsentfaltung der Kinder schon konzeptionell erheblich beeinträchtigen (zB bei

den „Moonies“ oder „Hare Krishna“; nach OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284, 1285 nicht generell bei der Bhagwan-Bewegung; zum Problem auch SIMITIS in: FS Müller-Freienfels [1986] 579, 607 f; COESTER, Kindeswohl 233).

Hat sich das heranwachsende Kind einer solchen Sekte zugewandt, ist jedoch § 5 S 1 RKEG zu beachten: Ab Vollendung des 14. Lebensjahres erlöschen hinsichtlich der Religionswahl elterliche Personensorge und staatliches Wächteramt (HABSCHEID-HEINEMANN in: ENGSTFELD ua [Hrsg], Juristische Probleme im Zusammenhang mit den sog neuen Jugendreligionen [2. Aufl 1982] 64 ff, 70). Elterliche und staatliche Schutzkompetenz bleiben jedoch erhalten, wenn im Einzelfall die Sekte nicht als „religiöses Bekenntnis“ iSd § 5 S 1 RKEG zu qualifizieren ist (hier kommen Maßnahmen gegen Dritte, § 1666 Abs 1 S 2, zur Unterstützung der Eltern in Betracht). Erhalten bleibt auch sonst jedenfalls das elterliche Aufenthaltsbestimmungsrecht (§ 1632 Abs 2, 3, HABSCHEID-HEINEMANN 75; bei Nichtausübung durch die Eltern könnte möglicherweise nach § 1666 Abs 1 eingegriffen werden). Aber auch andere Sorgekompetenzen der Eltern können durch die Religionsausübung des Kindes berührt sein (etwa die Gesundheitssorge bei übermäßigem Fasten oder Drogenkonsum). Zwar umfaßt das Wahlrecht des Minderjährigen gem § 5 S 1 RKEG im Grundsatz auch die Ausübung der gewählten Religion, letztere muß sich jedoch für die Zeit der Minderjährigkeit unter die elterliche Sorgeverantwortung fügen.

Zu Fragen des **Religionswechsels** s noch Rz 99.

- 94 Beeinträchtigungen der kindlichen Wertbildung sind auch in anderen Zusammenhängen denkbar, etwa wenn das Kind **kriminelles Verhalten** der Eltern oder Dritter miterlebt oder zu **Terrorismus** oder **Anarchismus** erzogen wird. Straffälligkeit und Inhaftierung der Eltern allein reichen jedoch für einen Eingriff noch nicht aus (LG Freiburg FamRZ 1985, 95, 96). Eingegriffen wurde auch, wo die Eltern ständig **grobe, gewalttätige Konflikte** vor dem Kind austrugen (BayObLG DAVorm 1981, 901; 1983, 381).

95 b) Störungen der Bindungs- und Erziehungskontinuität

Die fundamentale Bedeutung kontinuierlicher Lebensverhältnisse und menschlicher Beziehungen für die kindliche Persönlichkeitsentwicklung ist entwicklungspsychologisch belegt (vgl Rz 57; zum Bindungsstreit im Scheidungszusammenhang s § 1671 Rz 102 ff; COESTER in: 6. DFGT 35 ff; 43 ff) und inzwischen als gesicherter Grundsatz des Rechts übernommen worden (vgl §§ 1632 Abs 4; 1671 Abs 2 HS 2; für die ständige Rechtsprechung nur BayObLG FamRZ 1981, 999, 1000; DAVorm 1985, 701, 705; OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1273; AG Frankfurt FamRZ 1982, 1120 ff).

- 96 Demgemäß kann des Kindeswohl gefährdet werden durch einen **Abbruch gewachsener Bindungen** an bisherige Betreuungspersonen und einen Wechsel der sonstigen Lebensumgebung. Diese Fälle werden weitgehend auch von § 1632 Abs 4 erfaßt (vgl Erl dort; zum Verhältnis zu § 1666 oben Rz 45, 46); in ihnen stellt sich regelmäßig die Frage, ob ein elterliches Herausgabeverlangen gegenüber Dritten wegen des damit verbundenen Kontinuitätsbruchs ausnahmsweise als rechtsmißbräuchlich einzustufen ist (Streit **Eltern/Pflegeeltern**: BVerfG NJW 1985, 423, 424; NJW 1986, 3129, 3131; FamRZ 1989, 145 ff; BayObLG DAVorm 1982, 611, 615; 1983, 78, 82; ZBJugR 1983, 302; DAVorm 1985, 335, 338; 1985, 522, 523; ZfJ 1990, 313, 314 f; KG FamRZ 1971, 267, 268; SchlHOLG SchlHA 1988, 84; AG Frankfurt FamRZ 1982, 1120; DAVorm 1982, 365. **Eltern/Großeltern**: BayObLG FamRZ 1981, 999, 1000 f; FamRZ 1984, 932; FamRZ 1982, 1118 u ZfJ 1985, 36; KG FamRZ 1986, 1245. **Eltern/Stiefeltern**: BayObLG DAVorm 1981, 216, 220; vgl SchlHOLG

SchlHA 1988, 84 [Lebensgefährtin]. **Nicht verheiratete Eltern untereinander:** BGH FamRZ 1963, 560, 563; BayObLG DAVorm 1985, 701; AG und LG Hamburg ZfJ 1984, 370, 372; AG Tübingen FamRZ 1988, 428 ff. Weitere Nachw und Diskussion bei HARMS 120 Fn 87; KLUSSMANN DAVorm 1985, 169 ff). Dabei kann die Gefährdung des Kindes gerade darin liegen, daß es „unvermittelt aus den persönlichen und sachlichen Beziehungen des Lebenskreises, mit denen es bis dahin bereits fest verwachsen ist, herausgerissen und damit einer inneren und äußeren Entwurzelung anheimgegeben würde“ (BayObLG DAVorm 1981, 216, 220; FamRZ 1981, 929, 1000). Diese Gefahr droht aber nicht nur durch rücksichtslose unvermittelte Herausnahme beim grundsätzlich wechselfähigen Kind, sondern kann einem Wechsel schlechthin entgegenstehen (zur sodann zu treffenden Dauerregelung unten Rz 140). Der Kontinuitätsaspekt kann verstärkt werden durch den strikten Willen des Kindes zum Verbleib bei der bisherigen Betreuungsperson (AG und LG Hamburg ZfJ 1984, 370, 372 [Kindeswille als „Ausdruck einer Existenznot“]; BayObLG FamRZ 1984, 932); anders bei einem „aufgesetzten“ Willen, der eine im Kern unberührte Bindung zu den herausverlangenden Eltern überdeckt (BayObLG EzFamR § 1666 Nr 4).

Wann ein Plazierungswechsel eine Kindeswohlgefährdung bedeutet, hängt vom **97** *Zusammenspiel mehrerer Faktoren* ab. Der Stärke der Gebundenheit des Kindes an die bisherige Betreuungsperson sind die Beziehungen zu den herausverlangenden Eltern gegenüberzustellen (vgl. einerseits BayObLG EzFamR § 1666 Nr 4: „ebenfalls gut“, andererseits BayObLG DAVorm 1983, 78, 82: Eltern-Kind-Beziehung „völlig gescheitert“, bzw BayObLG FamRZ 1982, 1118: „Eltern dem Kind praktisch unbekannt“). Zu vergleichen sind auch die sonstigen Umweltbedingungen – Kontinuität der Lebensumwelt kann sogar zentrale Bedeutung erlangen, wenn das Kind durch Verlust seiner Hauptbezugsperson ohnehin schwer belastet ist (BayObLG FamRZ 1981, 814, 816: Tod der Mutter, Verbleib im Haus der Großmutter, in dem Mutter und Kind seit dessen Geburt gelebt hatten, statt Verpflanzung zum anderwärts wohnenden Onkel). Schließlich ist, wie erwähnt, auch die Art des intendierten Wechsels bedeutsam (schonend/abrupt) sowie das Alter des Kindes. So macht es einen Unterschied, ob das Kind bisher im Heim lebt, wo ein Wechsel der Betreuungspersonen ohnehin bevorsteht (BVerfG NJW 1986, 2129), oder ob das Kind seit Geburt enge Bindungen allein an den Großvater hat, bei ihm auf dem Bauernhof aufwächst und nun von dem ihm praktisch unbekannten amerikanischen Vater, mit dem es sich mangels englischer Sprachkenntnisse kaum verständigen kann, unvermittelt irgendwohin in die USA verpflanzt werden soll (BayObLG ZfJ 1985, 36). Gleichmaßen kann auch ein kürzeres, aber sich positiv entwickelndes Pflegeverhältnis aufrechtzuerhalten sein, wenn das Kind bisher durch häufige Wechsel am Aufbau menschlicher Beziehungen gehindert und damit bereits in seiner Entwicklung gestört wurde (BayObLG ZBlJugR 1983, 302, 304, 305 f; ZBlJugR 1983, 308, 310 f; DAVorm 1986, 269, 272 und FamRZ 1986, 102, 103 [Folgeentscheidung]).

Umgekehrt wurde der bisherige Aufenthalt des einjährigen Kindes bei Pflegeeltern nicht als Grund angesehen, es der herausverlangenden nichtehelichen Mutter endgültig vorzuenthalten (BayObLG ZfJ 1990, 313, 315).

Erweist sich eine zunächst angeordnete Umplazierung des Kindes wegen der damit verbundenen Beziehungsstörung als *Fehlschlag* (schwerwiegende Konflikte in der Familie der Eltern), besteht die Kindesgefährdung aufgrund Kontinuitätsbruchs fort und rechtfertigt sie einen korrigierenden Eingriff (KG FamRZ 1986, 1245 ff: Rückführung zu den Großeltern, bei denen das Kind zehn Jahre lang gelebt hatte).

Die vorstehenden Grundsätze gelten entsprechend, wenn es um gewachsene Beziehungen nicht an Betreuungspersonen, sondern an andere Menschen aus der Lebenswelt des Kindes geht (zB Geschwister, Großeltern, vgl unten Rz 109).

- 98** Neben der Störung gewachsener Beziehungen kommt auch schon die **Verhinderung notwendiger Lebenskontinuität** als Gefährdungsgrund in Betracht, etwa aufgrund ständiger Umplazierung des Kindes und unsicherer Lebensverhältnisse der Eltern (Rz 46 sowie die zuvor zit Entscheidungen des BayObLG).

Unter diesem Aspekt erweisen sich vorläufige Anordnungen als legitim, mit denen verhindert werden soll, daß Streit zwischen den Beteiligten oder unterschiedliche gerichtliche Entscheidungen im Instanzenzug zu ständigem Wechsel der Kindesplatzierung führen (ie unten Rz 177).

- 99** Eine besondere Rolle hat in der Rechtsprechung die **Kontinuität des religiösen Bekenntnisses** gespielt (dazu HÖHNE 219 ff; HIRSCH 38 ff; VoraufL Rz 60 ff). Eine Gefährdung des jüngeren Kindes (ab 12. Lebensjahr: § 5 S 2 RKEG) wird nur bejaht, wenn das bisher schon in einem bestimmten Glauben verwurzelte Kind durch schroffen Wechsel in Verwirrung oder Gewissensnot gestürzt wird (BayObLG NJW 1963, 590, 591).

- 100** Gleichermaßen ist nicht auszuschließen, daß ein **Wechsel des Familiennamens** des Kindes dessen Wohl gefährdet. Insofern wäre daran zu denken, bspw der nach Scheidung sorgeberechtigten Mutter, die mittels Antrags nach §§ 1, 3 NÄG dem Kind den Ehenamen aus ihrer zweiten Ehe (abgeleitet vom zweiten Ehemann) geben möchte, gem § 1666 die Vertretungsbefugnis für die Antragstellung zu entziehen. Ein solcher Eingriff könnte aber höchstens in Ausnahmefällen gerechtfertigt sein (zur Begründung s § 1616 Rz 71). Hat die Mutter das Kind schon an den neuen Ehenamen gewöhnt (ohne Namensänderung), kann ihr die Fortführung dieses Brauchs mangels drohender Kindesgefährdung nicht gem § 1666 untersagt werden (BayObLG FamRZ 1989, 1317 ff).

101 c) Beschränkungen von Entwicklungs- und Entfaltungsmöglichkeiten

Die elterliche Sorge umfaßt die Pflicht der Eltern, die Entwicklung des Kindes zum selbstbestimmungsfähigen, selbstverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Erwachsenen zu ermöglichen und zu fördern. Das Erreichen dieses Erziehungsziels wie auch die berufliche Lebenschancen des Kindes werden gefährdet, wenn die Eltern das Kind **vom Schulbesuch abhalten**. Eltern tun dies gelegentlich aus weltanschaulicher oder sonstiger Überzeugung (BayObLGZ 1983, 231 ff; BayObLG FamRZ 1985, 635 f; OLG Stuttgart DAVorm 1982, 995 f) oder in symbiotischer Abkapselung mit dem Kind von der Außenwelt (Fälle der overprotection, BayObLG FamRZ 1987, 1080 ff; AG Moers ZfJ 1986, 113 ff; vgl Rz 88). Die Möglichkeit öffentlich-rechtlichen Schulzwangs steht vormundschaftsgerichtlichen Eingriffen nicht entgegen (BayObLGZ 1983, 231, 238). Die Gefährdung der Kindesinteressen wird auch nicht dadurch beseitigt, daß die Eltern bereit und möglicherweise in der Lage sind, das Kind selbst zu unterrichten (vgl BayObLG aaO: Die Mutter war ehemalige Lehrerin). Durch den Schulbesuch wird das Kind auch in größere Gemeinschaften (auch Gleichaltriger) eingeführt, erlebt über das Elternhaus hinausgehende Anregungen und Einflüsse und erhält vor allem mit dem Schulabschluß eine formelle Qualifikation, die heutzutage Zugangsvoraussetzung für nahezu jeden Beruf ist (BayObLG S 237 f).

Als Maßnahme reicht in solchen Fällen die vormundschaftsgerichtliche Schulanmeldung (Abs 2) idR nicht aus. Angesichts oft jahrelanger, erfolgloser Bemühungen

der Einwirkung auf die Eltern sehen die Gerichte als letztes Mittel oft nur die Trennung von Eltern und Kindern (dazu noch Rz 137).

Entsprechende Grundsätze wird man nicht ohne weiteres auf den **Kindergartenbe- 102 such** anwenden können – idR ist er für die Kinder vielleicht wünschenswert, aber nicht unverzichtbar. Anderes mag gelten, wenn beide Eltern Analphabeten sind und das Kind mangels intellektueller Förderung in der Familie konkret Gefahr läuft, schon bei der Einschulung den Anschluß zu verlieren (BayObLG FamRZ 1981, 86f).

Die Entwicklung des Kindes kann gefährdet sein beim **Aufwachsen in geschlossenen 103 Anstalten**. Bei Unterbringung des Kindes wird das Kindeswohl durch vormundschaftsgerichtliches Genehmigungserfordernis gewahrt, § 1631 b. Verbüßen die Eltern eine Freiheitsstrafe in einer Vollzugsanstalt, so steht es zunächst im Ermessen der Strafvollzugsbehörde, ob das Kind mit aufgenommen werden oder – bei Geburt in der Vollzugsanstalt – dort bleiben kann (§§ 80, 142 StVollzG; vgl noch § 1666 a Rz 13). Maßgebliche Gesichtspunkte sind dabei die Erhaltung vorhandener Eltern-Kind-Bindungen oder die ungestörte Bindungsentwicklung, wenn die Entlassung in absehbarer Zeit bevorsteht. Ob das demnach mögliche Aufwachsen des Kindes in der Anstalt dessen Wohl gefährdet, wird wesentlich vom Kindesalter abhängen – ab 2. Lebensjahr hält man Entwicklungshemmungen auf Grund der Isoliertheit und reduzierten Erfahrungswelt für möglich (MEYER in: Großkommentar zum Strafvollzugsgesetz [1983] § 80 Rz 9). Sind jedoch beim älteren Kind keine Anhaltspunkte für Störungen erkennbar, würde eine Trennung des Kindes von seinen Eltern es mehr belasten als der einstweilig weitere Verbleib in der Anstalt (LG Freiburg FamRZ 1985, 95, 96). Bei lebenslanger Freiheitsstrafe der Eltern wird jedoch eine Trennung langfristig unvermeidbar sein; um eine Kumulierung von Anstaltsschädigung und Trennungsbelastung zu vermeiden, wird das Kind eher früher als später aus der Anstalt genommen werden müssen. Bei Geburt in der Anstalt bedeutet dies möglichst sofortige Herausnahme des Kindes (KG FamRZ 1981, 590 ff).

Ähnliches muß gelten, wenn die Eltern aus anderen Gründen in geschlossenen Anstalten leben müssen.

Nicht ohne weiteres gleichgestellt werden kann die **Übersiedlung der Eltern in eine 104 freiheitsbeschränkende Gesellschaftsordnung** (etwa auch rückkehrwillige Aussiedler mit Kindern; vgl HÖHNE 177). Bei etwas *älteren Kindern* wird ihrem Willen zum Verbleiben im Inland allerdings eingriffslegitimierendes Gewicht beizumessen sein (zur besonderen Situation türkischer Gastarbeitertöchter unten Rz 120 ff). Das gilt auch bei einer Flucht Heranwachsender in die Bundesrepublik (LG Kleve FamRZ 1977, 335 f m Anm BETZ: 16jährige flieht vom verwitweten Vater in der DDR zu Verwandten in der Bundesrepublik) – neben der Selbstbestimmung fiel hier noch der Aspekt drohender Sanktionen bei Rückkehr ins Gewicht. Auf elterliches Fehlverhalten im Herkunftsland kommt es nicht entscheidend an (ungenau insoweit LG Kleve aaO).

Zu entwicklungshemmendem Elternverhalten aus religiösen oder psychischen Gründen (overprotection) vgl Rz 93 bzw Rz 88.

Besonders problematisch ist die Situation bei **geistig behinderten Eltern**. Diese 105 Behinderung gehört nach Feststellung des BVerfG (NJW 1982, 1379 = FamRZ 1982, 567) grundsätzlich zu den Lebensumständen der Eltern, die das (auch gesunde) Kind als schicksalhaft hinzunehmen hat, sie rechtfertigt als solche also noch keinen Eingriff (s oben Rz 67; vgl auch LG Berlin FamRZ 1988, 1308, 1310). Andererseits steht die mangelnde Einsichts- und Schuldfähigkeit kindesschützenden Maßnahmen nicht entgegen (BVerfG aaO). Vorhandene Erziehungsdefizite sind

vorrangig mit öffentlichen Hilfen auszugleichen, ggf auf der Grundlage begrenzter Sorgerechtsbeschränkungen. Eine bei den Jugendämtern verbreitete, routinemäßige Trennung von Eltern und Kindern sofort nach Geburt (oft schon pränatal vorbereitet) verstößt gegen dieses aus Art 6 Abs 2 S 1 GG folgende Gebot (BVerfG aaO; vgl HINZ NJW 1983, 377, 378 f: „mehr Phantasie“ vonnöten; vorbildlich LG Berlin aaO). Deshalb enthalten auch die §§ 1673, 1674 für geistig behinderte Eltern keine angemessene Regelung (Rz 49). Andererseits erweist sich die Trennung des Kindes von den Eltern oft doch als unausweichlich, wobei typischerweise nicht Schwächen im kognitiven Bereich ausschlaggebend sind, sondern emotionale Defizite (seelische Vernachlässigung, Bindungslosigkeit, Kindesmißhandlung; so auch im vom BVerfG aaO entschiedenen Fall, s AG Kassel v 19. 8. 1983 – Az 73 F 984/78 – [endgültige Herausnahme des Kindes aus der Familie]; vgl KNÖPFEL FamRZ 1977, 600, 604; ie COESTER ZfJ 1989, 350 ff mwN; zur Abhängigkeit emotionaler von intellektueller Leistungsfähigkeit im zwischenmenschlichen Bereich BRUDER, GutA C zum 57. DJT [1988] C 10 f, 28). Ist auch das Kind behindert, werden die erhöhten Betreuungsleistungen die Eltern oft überfordern, so daß Trennungen ebenfalls notwendig werden können.

Für die im Einzelfall zu findende Balance zwischen Elternschutz auch für Behinderte und Kinderschutz ist, bei aller notwendigen Aktivierung öffentlicher Hilfen für die Familie, auch auf die Gefahr zu achten, daß das Kind zum Experimentierobjekt gesellschaftlicher Behindertenförderung wird und es – nach jahrelangen, letztlich aber erfolglosen Hilfsbemühungen – in einem Zeitpunkt aus der Familie genommen wird, in dem es in seiner Entwicklung bereits irreversibel geschädigt ist (s noch § 1666 a Rz 5, 6). Auch dürfte dem Elternrecht geringeres Gewicht zukommen, wenn sich die Eltern behinderungsbedingt gleichgültig gegenüber dem Kind zeigen.

106 d) Beschneidung des sozialen Kontakts

Absolute Kontaktbeschränkungen sind tendenziell geeignet, die Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes zu behindern, sie fallen unter die zuvor behandelte Rubrik (oben c). Relative, also nur auf bestimmte Dritte bezogene Kontaktbeschränkungen sind idR nicht entwicklungsgefährdend, können im Einzelfall aber das seelisch-soziale Kindeswohl so erheblich beeinträchtigen, daß ein Eingriff geboten ist.

Die materielle Grenze elterlichen Umgangsbestimmungsrechts ist in § 1632 Abs 1, 3 S 1 nicht eigenständig festgelegt (dort finden die Eltern vormundschaftsgerichtliche Unterstützung nur bei *plichtgemäßem* Handeln, vgl oben Rz 48), sondern § 1666 zu entnehmen (Sonderregelungen für den nichtsorgeberechtigten ehelichen Elternteil im § 1634 Abs 2 und für den nichtehelichen Vater im § 1711 Abs 2 [verweigert die nichteheliche Mutter dem Kind schon die Benennung des Vaters, bedarf es trotz elterlicher Pflichtwidrigkeit keines vormundschaftsgerichtlichen Schutzes nach § 1666; vielmehr steht dem Kind ein prozessual durchsetzbarer Auskunftsanspruch gegen die Mutter zu, BVerfG FamRZ 1989, 147 = NJW 1988, 3010; LG Passau NJW 1988, 144; AG Passau FamRZ 1987, 1309 ff; Auskunftsanspruch für das minderjährige Kind allerdings *str*, vgl AG Gemünden FamRZ 1990, 200 f einerseits, OLG Zweibrücken NJW 1990, 719 f; LG Landau DAVorm 1989, 634 andererseits; vgl. auch Rz 31 zu § 1618 a sowie MASSFELLER-COESTER § 1618 a Rz 27 mwN]).

Allerdings spielen bei Kontaktverboten gegenüber Heranwachsenden besondere Gesichtspunkte herein, wie deren Bedürfnis nach Selbstbestimmung, gesteigertem Außenkontakt im allgemeinen sowie speziell zu Personen des anderen Geschlechts und nach altersgemäßer Freizeitbetätigung mit Gleichaltrigen. Für Heranwachsende

verschiebt sich der Problemschwerpunkt deshalb zu den *Adoleszenzkonflikten* (unten Rz 117).

Bei **kleineren Kindern** kommt eine Gefährdung ihres Wohls durch Kontaktbe- 107
schneidung vorwiegend in Betracht, wenn das Kind enge Beziehungen zum ausgeschlossenen Dritten entwickelt hatte oder ein nahes verwandtschaftliches Verhältnis besteht. Einer gewachsenen Bindung an *Pflegeeltern* wird regelmäßig im Rahmen eines Rechtsstreits nach § 1632 Abs 4 Rechnung getragen: Einräumung eines Umgangsrechtes der Pflegeeltern nach Ablehnung einer Verbleibensanordnung oder nach Ablauf vorübergehend angeordneten Verbleibs (BayObLGZ 1984, 98 = NJW 1984, 2168, 2169). Trotz der Einbettung in das Verfahren nach § 1632 Abs 4 findet eine solche Entscheidung ihre materielle Grundlage doch nur in § 1666 Abs 1 – sie ermöglicht uU erst den Wechsel des Kindes zu seinen leiblichen Eltern ohne Gefährdung seines seelischen Wohls (zur „Kontinuität“ oben Rz 95).

Entsprechendes gilt für den Kontakt mit einem **Stiefelternteil**, wenn das Kind mit 108
diesem längere Zeit in Familiengemeinschaft gelebt hatte und – nach Tod des mit dem Stiefelternteil verheirateten leiblichen Elternteils – gem § 1681 Abs 1 S 2 zum bislang nicht sorgeberechtigten anderen Elternteil umplaziert wurde (§ 1634 Rz 108 [PESCHEL-GUTZEIT]).

Bei **Großeltern und Geschwistern** tritt der Verwandtschafts- neben den Bindungs- 109
aspekt. Typischerweise ist die Rechtsprechung mit Konflikten zwischen einem allein sorgeberechtigten Elternteil (etwa nach Tod des Gatten) und den Schwiegereltern (= Großeltern des Kindes über den verstorbenen Teil) befaßt. Einhelliger Ausgangspunkt der Rechtsprechung ist die Feststellung, daß ein eigenständiges *Umgangsrecht* der Großeltern weder aus § 1634 folgt noch über Art 6 Abs 1 GG herzuleiten ist (zu letzterem BayObLG FamRZ 1984, 614 = ZfJ 1984, 363, 364; vgl BVerfGE 39, 316, 326; ausf § 1634 Rz 94–101 [PESCHEL-GUTZEIT]). Allerdings sei der Umgang des Kindes mit den Großeltern dem Kindeswohl regelmäßig förderlich (insbes wenn der die Verwandtschaft vermittelnde Elternteil verstorben ist, BayObLG ZBlJugR 1981, 272, 274), so daß eine Kontaktunterbindung durch den Elternteil „ohne verständigen Grund“ rechtsmißbräuchlich sei (umfassende Nachw § 1634 Rz 102). Durch diese Standardformel wird der Umgang Großeltern-Enkel der Sache nach doch zur Regel erhoben, die Untersagung durch den Elternteil ist von diesem positiv zu rechtfertigen (mit entspr Konsequenzen für seine Darlegungs- und Beweislast). Folgerichtig werden kasuistisch „Rechtfertigungsgründe“ herausgearbeitet, auf Grund derer ein Umgangsverbot ausnahmsweise nicht mißbräuchlich sein soll: Etwa mangelnde Respektierung des elterlichen Erziehungsvorrangs durch die Großeltern (KG OLGZ 1970, 297, 300; BayObLG DAVorm 1982, 359, 363 f; 1982, 600, 602 f; ZfJ 1984, 361, 362 f; 1984, 363 f), tiefgreifendes Zerwürfnis zwischen Eltern und Großeltern (BayObLG DAVorm 1982, 359, 363 f; 1982, 600, 602 f; 1983, 377, 380 f; ZfJ 1984, 361, 362 f; 1984, 363 f; weitere Nachw § 1634 Rz 104) oder ein entgegenstehender, nicht aufgesetzter Wille des älteren Kindes (Nachw § 1634 Rz 104). In Ermangelung einer solchen Rechtfertigung greifen die Vormundschaftsgerichte in die elterliche Sorge nach § 1666 Abs 1 ein und ordnen eine Umgangsregelung an (ausf Darstellung § 1634 Rz 102–106).

Kritik: Die herrschende Rechtsprechung ist auf die Pflichtwidrigkeit elterlichen 110
Verhaltens fixiert und neigt dabei dazu, den entscheidenden Eingriffsgrund des § 1666, die *Gefährdung des Kindeswohls*, aus den Augen zu verlieren. Ein Kontakt des Kindes mit seinen Großeltern ist sicherlich wünschenswert, die Förderung dieses Kontakts elterliche Pflicht (§ 1618 a Rz 34). Es gibt aber anerkanntermaßen elterliche Pflichtwidrigkeiten oberhalb und unterhalb der Eingriffsschwelle des § 1666 (Rz 7), so daß mit der Feststellung einer „nicht verständigen Ausübung des

Sorgerechts“ (vgl BayObLG DAVorm 1982, 604, 607) für § 1666 noch nicht viel gewonnen ist. Der automatische Rückschluß von Pflichtwidrigkeit auf Gefährdung (vgl BayObLG ZBIJugR 1981, 272, 274) ist verfehlt – ein versagter Vorteil bedeutet noch nicht Gefährdung (HIRSCH S 25 Fn 22, dazu auch oben Rz 69). Der Nachteil fehlenden Kontaktes des Kindes mit den Großeltern erreicht in aller Regel *nicht* das Gewicht, das grundsätzlich gefordert wird, um Einmischungen des Staates in die elterliche Erziehung zu rechtfertigen (dazu Rz 67 ff). Dies gilt insbes, wenn Spannungen in der Familie bestehen: Besteht beim Kind eine echte Ablehnungshaltung gegen die Großeltern, so scheitert nicht erst das Umgangsrecht am Kindeswillen (vgl BayObLG DAVorm 1982, 604, 610; ZBIJugR 1981, 272, 275); vielmehr ist schlechthin unvorstellbar, daß das Unterbleiben (erzwungenen) Kontakts das Kindeswohl „erheblich und nachhaltig“ gefährden könnte. Darüber hinaus liegt nahe, daß dann schon die elterliche Umgangsverweigerung nicht pflichtwidrig ist (vgl BayObLG ZfJ 1984, 361, 362). Stehen sich Elternteil und Großeltern feindselig gegenüber, kann es nicht auf die Begründetheit der elterlichen Einstellung ankommen und auf eine „Pflicht“ des Elternteils, im Interesse des Kindes die eigene Haltung zu überwinden und die Spannungen abzubauen (so aber BayObLG ZBIJugR 1981, 272, 274 f und DAVorm 1982, 604, 609 f [Zwangsgeld], obwohl in concreto sogar die Großeltern eine wesentliche Ursache für das Zerwürfnis gesetzt hatten). Die elterliche Umgangsverweigerung mag auch hier pflichtwidrig sein – das Kindeswohl ist in Abwesenheit zusätzlicher Gesichtspunkte (gewachsene Bindung an die Großeltern, Kindeswille) in diesen Situationen jedoch eher durch gerichtlich erzwungene Kontakte gefährdet als durch deren Unterbleiben (zutr BayObLG DAVorm 1983, 377, 380; vgl auch ZfJ 1984, 361, 363 [Schuld am Zerwürfnis unerheblich]). Noch weniger als ein Mittel elterlicher Selbstverwirklichung ist das Kind Instrument gerichtlicher Disziplinierung mißbilligten Elternverhaltens (Rz 57).

Konzentriert man sich auf die Belange des Kindes, kommt die *Gefährdung* seines Wohls durch elterliche Umgangsverweigerung im wesentlichen nur in zwei Fällen in Betracht: Wenn eine durch längeres Zusammenleben gewachsene Bindung zu den Großeltern abrupt abgebrochen wird (vgl BayObLG ZfJ 1984, 361, 362 f [in concreto nicht vorliegend]; PESCHEL-GUTZEIT in Rz 105 zu § 1634) oder wenn ein von Großeltern und Enkel gleichermaßen gewünschter Kontakt vom Elternteil willkürlich verweigert wird. Die grundlose Versagung des Wunsches nach Umgang mit den Großeltern kann im Einzelfall geeignet sein, das seelische und geistige Kindeswohl erheblich zu beeinträchtigen (vgl § 1618 a Rz 34, 35).

Aus Vorstehendem folgt, daß nicht vom Elternteil verlangt werden darf, zur Vermeidung gerichtlicher Umgangsanordnungen die Begründetheit seiner ablehnenden Haltung nachzuweisen. Das VormG hat von Amts wegen den Sachverhalt im Hinblick auf eine etwaige Kindesgefährdung aufzuklären (§ 12 FGG) und, wenn dieser nicht feststellbar ist, einen Eingriff in die elterliche Bestimmung abzulehnen (vgl § 1634 Rz 103).

- 111** Dem Umgang mit den Großeltern ist der mit **Geschwistern** gleichzustellen (OLG Hamm RPfleger 1985, 294 = FamRZ 1985, 1078 [LS]). Bei **entfernteren Verwandten** (zB Onkel, Tante) tritt der Verwandtschaftsaspekt zurück, hier kann – ähnlich wie bei Pflege- und Stiefeltern – nur eine gewachsene persönliche Bindung des Kindes eine Umgangsanordnung rechtfertigen.

112 e) Adoleszenzkonflikte

Natur und Recht zielen auf eine allmähliche Ablösung des Kindes von seinen Eltern. Selbstbestimmungs- und Selbstverantwortungsfähigkeit des Individuums (Rz 59) entstehen nicht schlagartig mit Volljährigkeit, sondern wachsen kontinu-

erlich vom frühesten Alter an und sind jeweils angemessen von den Eltern zu achten und zu fördern (s vor allem § 1626 Abs 2). Vor allem ab Pubertät findet beim Kind bewußtes Einüben in selbständige (und damit häufig auch tendenziell gegen die Position der Eltern gerichtete) Entscheidungen statt. Durch Verhinderung dieses Einübungsprozesses oder durch grobe Mißachtung der Eigenentscheidung des Heranwachsenden kann dessen seelisches und geistiges Wohl so erheblich beeinträchtigt werden, daß im Einzelfall vormundschaftsgerichtliches Einschreiten nach § 1666 gerechtfertigt ist – auch wenn die elterliche Sachentscheidung als solche (etwa Berufs- oder Umgangsbestimmung, Unterlassung ärztlicher Behandlung) das Kindeswohl noch nicht gefährdet (generell zum Problem der „Adoleszenz-“ oder „Autonomiekonflikte“ ZENZ, Kindesmißhandlung 86–89; HÖHNE 231 ff).

Unklar ist insoweit das **Verhältnis von § 1626 Abs 2 zu § 1666**. § 1626 Abs 2 enthält **113** ein Leitbild elterlicher Erziehung, formuliert im Lichte des verfassungsrechtlichen Erziehungsziels des selbstbestimmungs- und gemeinschaftsfähigen Staatsbürgers (vgl auch §§ 8 Abs 1, 9 Nr 2 KJHG). Die Verletzung der vorgeschriebenen Erziehungsweise ist nicht unmittelbar sanktionsbedroht (BT-Drucks 8/2788 S 33–35; vgl BT-Drucks 7/2060 S 16; näher MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 61, 62), und überwiegend wird davon ausgegangen, daß nicht jede elterliche Mißachtung des § 1626 Abs 2 die Eingriffsschwelle des § 1666 auslöst (GERNHUBER § 49 VI 10; DIEDERICHSEN NJW 1980, 1, 3; MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 61; aA SCHMITT-GLAESER, Das elterliche Erziehungsrecht 31, 59; ders DÖV 1978, 629, 631 [allerdings in kritischem Sinne]; vgl auch LISSEK, Diskussionsbeitrag in: KRAUTSCHEIDT-MARRÉ [Hrsg], Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche Bd 14 [1980] 148). § 1626 Abs 2 verschiebt also nicht die Demarkationslinie zwischen elterlichem Erziehungsprimat und staatlichem Wächteramt, das elterliche Verhalten wird erst dann erheblich für § 1666, wenn es das Kindeswohl gefährdet iS dieser Vorschrift (BELCHAUS § 1626 Rz 10; SOERGEL-LANGE § 1626 Rz 41; JAUERNIG-SCHLECHTRIEM § 1626 Anm 4; SIMON JuS 1979, 752 f; ERICHSEN-REUTER 75 f mwN). Dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn Berücksichtigung und Einbeziehung des Kindes „unabdingbar zur Erreichung des Erziehungsziels der Mündigkeit des Kindes ist“ (ERICHSEN-REUTER aaO m Beispiel: Eltern verweigern ihrem 16jährigen Sohn grundlos jede Diskussion über das von ihnen aufgestellte nachmittägliche Ausgangsverbot). Bei Entscheidungen mit weichenstellender oder auch nur schwerwiegender Bedeutung für das weitere Leben des Kindes wird man dies stets bejahen müssen. Darüber hinaus liegt es nahe, das grundsätzlich nur anzustrebende, nicht aber entscheidungsnotwendige „Einvernehmen“ zwischen Eltern und Kind (§ 1626 Abs 2 S 2) dann zur unverzichtbaren Voraussetzung elterlicher Entscheidung zu erheben, wenn der Eintritt der Volljährigkeit in absehbarer Zeit bevorsteht und die Auswirkungen sich im wesentlichen auf die spätere Zeit erstrecken (vgl in anderem Zusammenhang BVerfG NJW 1986, 1859 = FamRZ 1986, 769, 772 f, wonach elterliche Maßnahmen die die Lebensgestaltung des Kindes nach Erreichung der Volljährigkeit wesentlich beeinträchtigen, am Persönlichkeitsrecht des Kindes nach Art 1, 2 GG scheitern; grundsätzlich aA BayObLG FamRZ 1982, 634, 637 [zu § 1631 a: Verantwortung und Entscheidungspflicht der Eltern bis zum Tage der Volljährigkeit]).

Ähnliches gilt schließlich, wenn dauerndes Versagen der Eltern iSd § 1626 Abs 2 zu einem endgültigen Bruch mit dem bald volljährigen Kind geführt hat (OLG Karlsruhe FamRZ 1989, 1322 f; vgl Rz 119).

Im einzelnen zu den typischen sachlichen Konfliktbereichen:

114

Für Fragen der **Ausbildung und des Berufs** ist mit § 1631 a eine Sonderregelung eingeführt worden (zur Abgrenzung zu § 1666 oben Rz 44; im übrigen s Erl zu § 1631 a).

In Fragen der **Gesundheit und körperlicher Eingriffe** hat sich der Vorschlag einer vorgezogenen Teilmündigkeit des Heranwachsenden nicht durchsetzen können (vgl COESTER-WALTJEN in: Juristinnenbund [Hrsg], Neues elterliches Sorgerecht [1977] 67, 80 ff mwN). Angesichts seiner höchstpersönlichen Betroffenheit sind Entscheidungen über den Kindeswillen hinweg jedoch besonders geeignet, das geistig-seelische Wohl des Kindes zu gefährden. Dem im natürlichen Sinne einwilligungsfähigen Minderjährigen hat die Rechtsprechung allerdings ein Vetorecht hinsichtlich von ihm nicht gewünschter Eingriffe zuerkannt (BGHZ 29, 33, 36; NJW 1964, 1177; 1972, 335, 337; OLG Celle MDR 1960, 136; OLG Hamm FamRZ 1983, 310; ie Erl zu § 1626). Begehrt umgekehrt der Minderjährige seinerseits ärztliche Beratung, Behandlung oder Eingriffe, so verhilft ihm seine „natürliche Einwilligungsfähigkeit“ allerdings noch nicht zum gewünschten Erfolg: Zum einen ist unklar, inwieweit *neben* seiner Einwilligung noch die seiner Eltern erforderlich ist (vgl BGHZ 29, 33, 36 f; BGH NJW 1972, 335, 337; BayObLG FamRZ 1987, 87, 89; MünchKomm-GITTER Rz 89 vor § 104; SOERGEL-HEFERMEHL § 107 Rz 19; ZENZ StAZ 1973, 257, 259 f), und zum zweiten kann er wirksam nur in den körperlichen Eingriff rechtfertigend einwilligen, nicht jedoch selbständig den notwendigen Behandlungsvertrag schließen (vgl LG München I FamRZ 1979, 850 f). Die insoweit stets notwendige elterliche Zustimmung kann allenfalls beim mindestens 15 Jahre alten Kind gem § 36 SGB I umgangen werden, wenn die ärztliche Maßnahme als soziale Leistung beansprucht werden kann (COESTER FamRZ 1985, 982 ff).

- 115** Hinsichtlich einer etwaigen Kindesgefährdung wird zu differenzieren sein: **Wollen die Eltern eine Behandlung** oder Operation gegen den Willen des (noch nicht einwilligungsfähigen) Kindes durchsetzen, kommt es zum einen auf Schwere und Bedeutung des Eingriffs in dessen körperliche Integrität an: Bloße professionelle Beratung (auch bei Drogen- und Alkoholproblemen) wird das Kind stets akzeptieren müssen, im allgemeinen ebenso ungefährliche und wenig belastende Heilbehandlungen. Bei schwerer wiegenden Eingriffen einschl Schwangerschaftsabbruch oder Sterilisation erscheint die Übergehung des Willens eines heranwachsenden Kindes stets bedenklich. Hier kommt es entscheidend auf den zweiten Gesichtspunkt an – die objektive Notwendigkeit des Eingriffs und die Gründe für die Haltung des Kindes. Sind diese vertretbar und besteht bei Unterbleiben des Eingriffs nicht eine wahrscheinliche Gefahr für Leben oder schwerwiegende gesundheitliche Dauerschäden, ist nicht auszuschließen, daß der Minderjährige den dennoch vorgenommenen Eingriff als Mißachtung seiner Persönlichkeit empfindet und objektiv in seinem geistig-seelischen Wohl gefährdet wird. Geht es um einen Schwangerschaftsabbruch, ist der Austragungswille der Jugendlichen angesichts der auf dem Spiele stehenden Rechtswerte stets „vertretbar“ im obigen Sinne (eine Indikation iSv § 218 a StGB wird dabei vorausgesetzt, vgl oben Rz 32; auch mittelbarer unangemessener Druck zugunsten einer Abtreibung kann zu vormundschaftsgerichtlichen Eingriffen berechtigen, vgl AG Dorsten DAVorm 1978, 131 [Drohung mit Hinauswurf aus Elternhaus]; LG Hamburg FamRZ 1981, 309 f [Schläge und Einsperren, obwohl eine Abtreibung nicht ausdrücklich gefordert worden war]). Gleiches gilt für eine Sterilisation angesichts des derzeit noch überwiegend irreversiblen Charakters dieser Maßnahme (vgl das absolute Verbot der Sterilisation Minderjähriger in § 1631 c BGB – idF des Betreuungsgesetzes, in Kraft ab 1. 1. 1992).

- 116** **Verweigern die Eltern eine vom Kind gewünschte Behandlung** oder Operation, liegt hierin möglicherweise eine geistig-seelische Kindesgefährdung, wenn der Wunsch des Kindes vernünftig erscheint und die Eltern sachliche Gründe nicht entgegenzusetzen haben (führt die Verweigerung schon objektiv zur Gesundheitsgefährdung des Kindes, vgl oben Rz 80–83). Dies gilt insbes, wenn die ärztliche Maßnahme

nicht oder nicht ohne Schadensgefahr bis zur Volljährigkeit aufgeschoben werden kann (AK-MÜNDER Rz 29). So wurde eingegriffen bei verweigerter Zustimmung zu einer psychiatrischen Untersuchung (KG FamRZ 1972, 646: 19jähriger fühlt auf Grund elterlicher overprotection Entwicklung zum Sonderling) oder Behandlung bei psychisch gestörtem Kind (BayObLG FamRZ 1984, 933, 934: 14jähriger ist auf Grund ungesicherter und wechselhafter Familienverhältnisse verhaltensgestört und behandlungsbedürftig, sorgeberechtigte Mutter erkennt dies nicht und will Kind wieder zu sich nehmen, obwohl dieses im Kinderdorf, wo es behandelt wird, bleiben will; vgl BayObLG FamRZ 1979, 737, 740; BÖHM DAVorm 1985, 731, 739).

Die elterliche Weigerung, einer Sterilisation oder Abtreibung zuzustimmen, hat allerdings idR gute Gründe für sich und gefährdet das Kindeswohl dann nicht, wenn dem Kind die notwendige flankierende elterliche Hilfe für Schwangerschaftsverhütung, Durchführung der Schwangerschaft, Geburt und spätere Lebensgestaltung angeboten wird (Rz 82, 87).

Im Bereich des **persönlichen Umgangs** ist für den Heranwachsenden nicht nur der Kontakt als solcher mit der Außenwelt, insbes Gleichaltrigen und dem anderen Geschlecht unabdingbare Voraussetzung seines Mündigwerdungsprozesses, sondern auch die Auswahl der Kontakte nach subjektiven Präferenzen. So wenig wie vom Erwachsenen die Begründung erwartet wird, warum er jemanden „mag“, so wenig kann der Heranwachsende zur positiven Rechtfertigung seines Umgangs verpflichtet sein. Erziehung zur Mündigkeit fordert in diesem Bereich einen Rückzug elterlicher Bestimmungsmacht zugunsten bloßer elterlicher Kontrolle kindlicher Selbstbestimmung (GERNHUBER § 49 VI 6; MünchKomm-Hinz § 1626 Rz 59). Deren Mißachtung unter Ausnutzung formal fortbestehender Sorgemacht im Außenverhältnis kann das psychosoziale Kindeswohl gefährden. Zutreffend wird die *Gefährdungsgrenze* deshalb, gemessen am grundsätzlichen elterlichen Erziehungsfreiraum, *vorverlagert*: Das Wohl des älteren Kindes gilt durch ein Umgangsverbot stets als dann gefährdet, wenn die Eltern nicht „triftige und sachliche Gründe“ dafür vorbringen können (PALANDT-DIEDERICHSEN § 1632 Rz 32; MünchKomm-Hinz § 1632 Rz 42). Im Ergebnis sind damit die zu § 1632 Abs 2, 3 S 1 entwickelten Grundsätze (oben Rz 48) gleichzeitig maßgeblich für die Eingriffsgrenze nach § 1666, soweit Heranwachsende betroffen sind (ie Erl zu § 1632). Sie gelten im wesentlichen auch für den brieflichen und telefonischen Kontakt des Kindes mit Dritten.

Im **sonstigen Persönlichkeitsbereich** sind Gefährdungen des Kindes denkbar bei Mißachtung seiner Privat- und Intimsphäre (Öffnen von Briefen, Lesen, Bekanntmachen oder gar Veröffentlichen des Inhalts von Tagebüchern oder von Gedichten, vgl H KRÜGER FamRZ 1956, 333; entwürdigende Untersuchungen im Intimbereich, vgl BayObLG DAVorm 1983, 78, 79).

Lockerung der elterlichen Sorge und wachsende Selbstbestimmung des Jugendlichen berühren jedoch grundsätzlich nicht die Entscheidung betr **Betreuung und Aufenthalt**. Aus der vom Erziehungsziel mitumfaßten Gemeinschaftsfähigkeit (Rz 59) folgt, daß der Ablösungsprozeß des Heranwachsenden von seinen Eltern zunächst *innerhalb* der Familie stattzufinden hat. Bloßer Generationenkonflikt oder sonstige Unverträglichkeiten genügen nicht, um den Verbleib des Kindes im Elternhaus gegen seinen Willen als kindeswohlgefährdend anzusehen – das geistig-seelische Kindeswohl wäre eher gefährdet, wenn das Kind nicht lernen könnte und müßte, Konflikte im menschlichen Zusammenleben auszuhalten und konstruktiv auszutragen. Dennoch können besondere Umstände die Entscheidung des Kindes gegen Eltern und elterliche Wohnung als achtenswerte Selbstbestimmung in schicksalshafter Konfliktsituation erscheinen lassen, so daß das elterliche Beharren auf

Verbleib oder Rückkehr in die Familie als Kindeswohlgefährdend eingestuft werden muß. Hierher gehören die zahlreichen Fälle, in denen das Kind eine Rückkehr zu den Eltern ablehnt, weil es inzwischen bei Dritten eine positive Lebensbasis gefunden hat (dazu Rz 96, 97): Bindungsschutz und Achtung jugendlicher Selbstentscheidung laufen dabei zusammen (vgl auch KG FamRZ 1986, 1245 ff; 16jährige will zurück zu Großeltern, bei denen sie 10 Jahre gelebt hatte, nachdem die Übersiedlung in die Familie zu schwersten Konflikten mit Mutter und Stiefvater geführt hatte). Es können aber auch andere Umstände der Eigenentscheidung des Kindes solches Gewicht verleihen, daß der Kindeswille nicht ohne Gefährdung des Kindeswohls übergangen werden kann – etwa eine hoffnungslose Zerrüttung des Verhältnisses von heranwachsendem Kind und Eltern auf Grund deren langjähriger Erziehungsfehler (OLG Karlsruhe FamRZ 1989, 1322 f [17jährige Tochter], vgl Rz 113) oder der kulturelle und familiäre Zwiespalt von Gastarbeiterkindern (dazu sogleich f).

f) Konflikte in Familien mit abweichendem kulturellen Hintergrund

120 aa) Problemstellung

Die bislang besprochenen Fallgruppen zur Kindesgefährdung begegnen gleichermaßen, aber in besonderer Ausformung in Familien, deren innere Struktur und Atmosphäre, vor allem auch hinsichtlich der Kindererziehung, von der deutschen „Normalfamilie“ wesentlich abweichen. Als Gründe des andersartigen Familienlebens kommen in Betracht: Herkunft aus fremdem Rechts- und Kulturbereich oder/und religiöse Überzeugungen. Der Schwerpunkt bekanntgewordener Konflikte betrifft Auseinandersetzungen türkischer Gastarbeiter mit ihren in der Bundesrepublik aufwachsenden Kindern. Die Problematik ist aber nicht notwendig auf Gastarbeiter oder Ausländer beschränkt, sie betrifft im Grundsatz alle Minoritäten mit stark abweichender Kindeserziehung (strikte Entfaltungsbeschränkungen implizieren zB die Erziehungsgrundsätze der Hutterer oder Amish People in den USA, vgl HOLZACH, Das vergessene Volk [1979]; US-Supreme Court in *Wisconsin v Yoder* 406 U S 205 [1972]: grundsätzliche Verweigerung höherer Schulbildung keine Rechtfertigung für staatliche Intervention). Die quantitative Bedeutung des Problems ist groß angesichts des Ausmaßes internationaler Migration (europäische Nachbarstaaten sind gleichermaßen betroffen, vgl WENGLER IPRax 1984, 177–179 [niederländische Entscheidung betr marokkanische Muslims]; IPRax 1985, 334, 335 [englische betr Pakistani]).

- 121** Entsprechend der Rolle der Frau im Islam oder in südländischer Sitte ergeben sich Reibungen mit deutschen Grundsätzen vor allem hinsichtlich der Erziehung von *Mädchen* (KG FamRZ 1985, 97). Zwar muß auch das nicht notwendig so sein, dieser Aspekt ist im Lichte von Art 3 Abs 2 GG jedoch im Auge zu behalten. Der Umstand, daß auch deutsche Mädchen uU (schichten- und wohnortabhängig) Entfaltungsschwierigkeiten haben (AKKENT-FRANGER RdJ 1986, 137 ff, insbes 143), macht die hier zu erörternde Frage nicht zu einem allgemeinen Mädchenproblem, denn der fremdkulturelle Hintergrund der Familie verschärft den Konflikt entscheidend.

122 bb) Internationalprivatrechtliche Vorfragen

Vormundschaftsgerichtliche Schutzmaßnahmen erfolgen nach deutschem Recht, wenn das Kind (gleich welcher Nationalität) seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik hat (Rz 54, 183). Die kollisionsrechtliche Maßgeblichkeit deutschen Rechts für Schutzmaßnahmen bedeutet jedoch nicht, daß Ausländereigen-

schaft und ausländisches Recht schlechthin ignoriert werden dürften. Zum einen unterliegt das Eltern-Kind-Verhältnis im allgemeinen (einschl des Sorgerechts) idR dem gemeinsamen Heimatrecht der Familie (Rz 183). Es bedarf also der angemessenen Abgrenzung zwischen deutschem Schutzstatut und ausländischem Kindschäftsstatut.

Zum zweiten stellt § 1666 als Generalklausel die **Einzelfallgerechtigkeit** in den 123 Vordergrund und lenkt das richterliche Augenmerk maßgeblich auf die konkreten Umstände des individuellen Falles (Rz 56 ff). Hierzu gehört ohne weiteres auch die Herkunft der Familie aus fremdem Rechts- und Kulturkreis – die auf Grund der Generalklausel des § 1666 zu bildende „Fallnorm“ kann anderen Inhalt haben je nachdem, ob es sich um eine deutsche oder ausländische Familie handelt (zur sog „zweistufigen Theorie“ des IPR im Familienrecht vgl HESSLER, Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht [1985]; dazu LORENZ FamRZ 1987, 645 ff; JAYME, FS Müller-Freienfels [1986] 341 ff, 369 f, 364 f; vgl KG FamRZ 1985, 97, 98). Damit schwindet die Bedeutung der Frage, ob die praktizierten Erziehungsgrundsätze im Einzelfall Ausprägung fremden Rechts oder eher fremder Kultur sind (dazu KG FamRZ 1985, 97, 98 bezügl türkisch-mohammedanischer Familie: restriktive Mädchenerziehung Folge aus Grundsätzen des Islam, nicht des staatlichen türkischen Rechts), auch „Recht“ wirkt auf dieser Ebene der Berücksichtigung nicht normativ, sondern ist nur beachtliche Gegebenheit der familiären Struktur (zur Datums-Theorie im IPR vgl JAYME, Gedächtnisschrift Ehrenzweig [1976] 35 ff). Damit reihen sich Ausländereigenschaft, fremdes Recht, Kultur und Religion in die „besonderen Umstände des Einzelfalls“ ein, die vom Vormundschaftsrichter auch bei reinen Inlandsfällen (etwa bei Sektenzugehörigkeit) der Entscheidung zugrunde zu legen sind.

Hieraus folgt auch das *Ausmaß der Beachtung*: Respekt vor fremdem Recht und 124 fremder Kultur haben den Gedanken aufkommen lassen, die hierdurch geprägten Erziehungsgrundsätze anzuerkennen bis zur Grenze der deutschen öffentlichen Ordnung (entspr der ordre-public-Klausel des Art 6 EGBGB; so LG Berlin als Vorinstanz zu KG FamRZ 1985, 97; ZACHER, Elternrecht, in: Handbuch des Staatsrechts Bd VI [1989] § 134 Rz 13 Fn 27; der Sache nach auch LG Berlin FamRZ 1983, 943, 946; FamRZ 1983, 947). Diese Grenze gilt jedoch (als „Notbremse“) nur bei im Grundsatz alleiniger Maßgeblichkeit fremden Rechts, sie kann nicht entscheidend sein für die Frage, inwieweit bei der Anwendung deutschen Rechts fremde Rechts- und Kulturvorstellungen zu berücksichtigen sind. Zentrale Thematik des § 1666 ist der Schutz vor Kindesgefährdungen, nicht die Beurteilung von Elternverhalten (Rz 17 ff, 64 ff). Einer Zurücknahme des Gefährdungsbegriffs bis zur ordre-public-Grenze stehen der regelmäßig starke Inlandsbezug entgegen (die Kinder haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt, oft seit Geburt, in der Bundesrepublik) sowie die persönlichkeitsrechtliche Dimension des Kindesschutzes, Art 1, 2 u 3 GG (KG FamRZ 1985, 97; OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1258). Der Kindeschutz erleidet auch keine prinzipielle Einschränkung durch die elterliche Religionsfreiheit (Art 4 GG; oben Rz 93). Geboten ist nur ein den individuellen Lebensstrukturen der Familie angepaßter und sie möglichst schonender Schutzansatz. Die derart erforderlichen Zugeständnisse werden vor allem Stil der familiären Kommunikation und äußere Verhaltensweisen betreffen, rechtfertigen aber keine substantiellen Rechts- und Entfaltungseinbußen des Kindes. So wird beispielsweise das heranwachsende türkische Mädchen eine im Vergleich zu seiner deutschen Umwelt restriktivere Haltung seiner Eltern etwa in Kleidungs- und Umgangsfragen sowie bei den sog „kleinen Freiheiten“ (Rauchen, Schminken, Bilder etc) grundsätzlich hinnehmen müssen, ebenso elterliche Reaktionen auf eigenes Fehlverhalten, die bei deutschen Eltern überzogen wirken würden (vgl LG Berlin FamRZ

1983, 943, 945 f: die türkischen Eltern warfen der Tochter Ladendiebstahl, schlechten Umgang und mangelnde Hilfe im Haushalt vor). Die Grenze der Toleranz ist jedoch schon erreicht etwa bei sozialer Isolierung des Kindes (Rz 101 ff), bei der Verweigerung angemessener Ausbildung unter Verweis auf baldige Verheiratung (so in LG Berlin FamRZ 1983, 943), bei grober körperlicher Züchtigung (OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1258; der Sache nach auch BayObLG DAVorm 1983 78 ff; LG Hamburg FamRZ 1981, 309 ff; anders LG Berlin 945 f [Einstufung noch als „Überreaktion“) und ganz ohne Frage auch bei geplanter Zwangsheirat (vgl Anm JOHN FamRZ 1983, 1274 zum Fall LG Berlin aaO) oder gar Morddrohung (vgl KG FamRZ 1985, 97) oder bei sonst entwürdigender Behandlung (BayObLG DAVorm 1983, 78 [Kontrolle der Geschlechtsorgane bei 14-jähriger Tochter durch italienische Eltern]). Besondere Toleranz ist hier schon deshalb nicht angebracht, weil solches Elternverhalten idR auch den Erziehungsstandards im Heimatland nicht entspricht.

- 125** Eine **andere Grenzziehung** wird geboten sein, wenn der Inlandsbezug schwächer ist, insbesondere wenn sich das zu beurteilende Familienleben nicht in der Bundesrepublik, sondern im Ausland verwirklicht hat (vgl BayObLG FamRZ 1984, 1259; FamRZ 1985, 737: Kind besucht frühere Pflegeeltern in der Bundesrepublik, bleibt hier und wirft Eltern in der Türkei Erziehungsfehler vor). Hier werden die Schranken elterlicher Sorgekompetenz eher in Anlehnung an das Sorgerechtsstatut (zB also türkisches Recht) zu bestimmen sein (ganz verfehlt die Messung des Familienlebens in der Türkei an §§ 1626 ff, so aber BayObLG aaO). Der Kindesschutz nach § 1666 kann sich dann unter Umständen auf einen der öffentlichen Ordnung zuzurechnenden Kernbereich reduzieren (umfassend die Frage, ob [im vorerwähnten Fall] die Rückkehrweigerung des Mädchens einen eigenständigen Eingriffsgrund darstellt).

126 cc) Sachliche Probleme im einzelnen

In den bekanntgewordenen Fällen betr Ausländerfamilien begegnen zwei Grundprobleme des Kindesschutzes wieder, der Adoleszenzkonflikt (Rz 112 ff) und – wenn das Kind längere Zeit in einer deutschen Familie gelebt hat – der Bindungsaspekt (Rz 95). Auch wenn sie in concreto zusammentreffen, sollten sie doch gedanklich getrennt und entsprechend gewürdigt werden (nicht gelungen in BayObLG FamRZ 1985, 737; LEMPP FamRZ 1986, 1061).

Adoleszenzkonflikte können wesentlich verschärft auftreten, zur natürlichen Ablösung von den Eltern tritt die Ablehnung und versuchte Lösung des Kindes von den als einengend empfundenen Verhaltensregeln und Rollenbildern, die die Eltern aus ihrer Heimat mitgebracht haben und auch in der nächsten Generation durchsetzen wollen (LG Berlin FamRZ 1983, 943, 945). Zum grundsätzlichen Interventionsansatz, soweit begrenzte vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen in Frage stehen (Ge- oder Verbote, Beschränkung elterlicher Bestimmungsmacht, Schulanmeldung oä) vgl bereits Rz 124. Oft sind die beiderseitigen Positionen aber so verhärtet, daß als Entscheidungsalternativen nur noch Bestätigung des elterlichen Erziehungsprimats oder Trennung des Kindes von seiner Familie in Betracht kommen (die Belassung des Kindes bei den Eltern unter Auflagen und Ermahnungen läßt das Kind, wie die Erfahrungen zeigen, ohne effektiven Schutz, vgl JOHN FamRZ 1983, 1274; bei geplanter Mitnahme des Kindes in das Heimatland kann nicht auf später mögliche Kindesschutzmaßnahmen durch dortige Behörden verwiesen und dem bikulturell geprägten Kind der hier gebotene Schutz versagt werden, so aber LG Berlin FamRZ 1982, 841, 843). Auch wenn ein derart zugespitzter Konflikt mitverursacht ist durch das Fehlen öffentlicher Hilfen für Gastarbeiterfamilien in der Bundesrepublik, berechtigt dieser Umstand doch nicht zu einer grundsätzlichen

Verweigerung gebotener, kindesschützender Eingriffe in das Elternrecht (gegen LG Berlin FamRZ 1983, 947; vgl § 1666 a Rz 15). Während die Entscheidung über den weiteren Verbleib in der Familie dem Jugendlichen auch unter dem Gesichtspunkt wachsender Reife und Selbstbestimmungsfähigkeit in aller Regel nicht zusteht (Rz 119), sind hier die besonderen Umstände zu beachten. Die Kinder sind aufgewachsen in einem Spannungsverhältnis zwischen zB türkisch-islamischer Familienwelt und westlich-pluralistischer Umwelt, sie sind notwendigerweise (Schulpflicht!) *bikulturell* geprägt. Insofern befinden sie sich auch innerlich in einem „tragischen Zwiespalt“ (LG Berlin FamRZ 1982, 841, 843; FamRZ 1983, 943, 945), der durch Hinweis auf ihre ausländische Staatsangehörigkeit nicht überspielt werden kann (so aber LG Berlin FamRZ 1982, 841, 843; Staatsangehörigkeit und „Heimat“ iS kultureller Zugehörigkeit können auseinanderfallen). Sie gehören sowohl in die deutsche wie in die (zB) türkisch-islamische Lebenswelt, so daß ihre ausschließliche Unterstellung unter die Maßstäbe der einen oder der anderen Ordnung gleichermaßen falsch ist: Was für die Eltern recht ist, gilt nicht mehr für die zweite Generation der Ausländerfamilien. Es ist primär Sache der Eltern, in ihrer Erziehung dieser Situation der Kinder Rechnung zu tragen. Beharren sie auch (und gerade) der heranwachsenden Tochter gegenüber auf strikter Konformität mit dem islamischen Frauenbild, einschl der damit verbundenen Kontakt- und Ausbildungsbeschränkungen bis hin zur frühen, elternbestimmten Verheiratung, muß dies die Tochter in existenzielle Konflikte (häufig bis zum Selbstmordversuch, vgl KG FamRZ 1985, 97 ff; JOHN FamRZ 1983, 1274) stürzen. Verweigern sich die Eltern dieser Erkenntnis oder halten sie dennoch starr an ihrem Autoritätsanspruch fest, *versagen* sie in ihrer elterlichen Verantwortung und gefährden das Kindeswohl (KG FamRZ 1985, 97, 99; BayObLG FamRZ 1985, 737, 739). Erst ihre Inflexibilität stellt die Jugendliche vor die Alternative: Elternhaus oder Lebensgestaltung entspr deutschen Umwelterfahrungen. Diese Entscheidung aber kann für bikulturell geprägte Jugendliche nur von diesen selbst getroffen werden, mangels dem Kind voll gerecht werdender Maßstäbe (weder türkische noch deutsche) Standards allein sind diesem Kind angemessen). Hier gewinnt der festgefügte **Kindeswille** entscheidende Bedeutung (6.DFGT, Arbeitskreis 14, in: Brühler Schriften zum Familienrecht Bd 4 [1986] 80f; KG FamRZ 1985, 97, 98f; BayObLG FamRZ 1985, 737, 738f; nicht unvermittelt umsetzbar, aber doch im Grundsatz entspr zu beachten sind die öffentlich-rechtlichen Kriterien zur „volkstumsmäßigen Prägung“ als Deutscher iS § 6 BVFG: Das Bekenntnis zum deutschen Volkstum setzt Volljährigkeit nicht voraus, vgl zuletzt BVerwG NJW 1989, 1875 mwN). Schlägt der Kindeswille zugunsten des als besser und zukunftsträchtiger empfundenen Lebens in freiheitlich-pluralistischer Ordnung aus, so kann dies von deutschen Instanzen kaum beanstandet werden (BayObLG FamRZ 1985, 737, 739). Die Möglichkeit aufenthaltsrechtlicher Probleme nach Volljährigkeit hat als zu theoretisch außer Betracht zu bleiben (KG FamRZ 1985, 97, 100; anders noch LG Berlin FamRZ 1983, 943, 946; denkbar immerhin Einbürgerungsantrag oder Heirat eines Deutschen). Selbst bei notwendiger Rückkehr in die Heimat ist die Entscheidung zu freiheitlicher Lebensgestaltung nicht zunichte gemacht: Auch in den Großstädten der Türkei ist Frauen eine selbständige, emanzipierte Lebensführung möglich.

Diesen Konflikt können die Eltern vermeiden durch Anpassung der Erziehung an ihre Umwelt oder durch frühzeitige Rückführung der Kinder in jungen Jahren in ihre Heimat (KG FamRZ 1985, 97, 99; das von WENGLER, IPRax 1985, 334, 335 empfohlene strenge „Apart-Halten“ ist keine diskutabile Alternative).

Bei dieser Auffassung bleibt fraglich, *wann* von einer „bikulturellen Prägung“ im vorgenannten Sinne gesprochen werden kann – kurze Berührungen zum deutschen Kulturkreis reichen ebenso wenig aus wie der bloße Übersiedlungswunsch aus der

Türkei (BayObLG FamRZ 1984, 1259, 1261 f). Statt auf einen abstrakten Mindestaufenthalt sollte eher auf das Alter des Kindes während des Aufenthalts und die Entscheidung seiner Hinwendung zum deutschen Kulturkreis abgestellt werden (vgl BayObLG FamRZ 1984, 1259, 1263 [15jährige Türkin läßt sich taufen]; Kindeswille auch akzeptiert in KG FamRZ 1985, 97, 99 [Kind nur 4½ Jahre in der Bundesrepublik, aber in der entscheidenden Zeit vom 11.–16. Lebensjahr]; OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1258 f [nur 1½ Jahre Inlandsaufenthalt]; nicht akzeptiert in LG Berlin FamRZ 1983, 947 [2½jähriger Aufenthalt zwischen dem 14. und 17. Lebensjahr zu kurz]; Zweifelsfall: Kind lebt bis zum 6. Lebensjahr bei deutschen Pflegeeltern, zieht sodann ohne erkennbare Probleme zu seinen Eltern in die Türkei [7.–13. Lebensjahr], bleibt dann nach Besuch der Pflegeeltern in der Bundesrepublik [BayObLG FamRZ 1984, 1259, 1261 f: kein biculturelles Spannungsverhältnis, Rückführung; später in FamRZ 1985, 737: Kindeswille setzt sich auf Vollstreckungsebene doch durch]). Selbst wenn demnach im Einzelfall der Lösungswille des Kindes einen vormundschaftsgerichtlichen Eingriff in das elterliche Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht rechtfertigt, kann er dennoch, allgemeinen Grundsätzen entsprechend, auf Vollstreckungsebene einer von den Eltern beantragten Herausgabe entgegenstehen (BayObLG aaO; dazu noch Rz 171–173).

128 Der **Bindungsaspekt** kann allein oder neben der Adoleszenzproblematik eine Rolle spielen, wenn das Kind längere Zeit bei einer *deutschen Pflegefamilie* gelebt hat (vgl BayObLG ZfJ 1985, 36 f; OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271 ff; OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811 ff). Statt einer bikulturellen Prägung des Kindes kommt hier, je nach den verbliebenen Kontakten zu seinen Eltern, auch ein überwiegendes oder ausschließliches Hineinwachsen in den deutschen Kulturkreis in Betracht. Beim älteren Kind verstärkt der Gesichtspunkt der Bindungskontinuität das Gewicht seiner Selbstentscheidung zugunsten der Pflegeeltern; im übrigen ist das Gewicht des Kontinuitätsaspekts selbst erhöht durch den auch kulturellen Kontrast zwischen der erlebten Umwelt und den Lebensgewohnheiten und -auffassungen im Elternhaus (vgl oben Rz 97).

129 Wie im Einzelfall auch immer entschieden wird, die Gerichte werden die *Balance zwischen zwei Fehlhaltungen* zu finden haben: Einerseits die schutzlose Überantwortung von Kindern an eine kulturell bedingt einengende Erziehung, obwohl die Kinder bisher andere Erziehung genossen haben oder aber dieser Kultur inzwischen entwachsen sind (so dem Ergebnis nach die zit Entscheidungen des LG Berlin; den kulturellen Zwiespalt der Ausländerkinder völlig ignorierend SCHÜTZ FamRZ 1986, 528–529 f; KNÖPFEL FamRZ 1985, 1211, 1216; auch [m anderer Tendenz] LEMPP FamRZ 1986, 1061; krit zu dieser Ignoranz BAER FamRZ 1982, 221, 226; zutr hingegen WIESER FamRZ 1990, 693, 697), andererseits vorschnelle, „rettende“ Eingriffe in ausländische oder Minderheitsfamilien, die die Entfremdung von Eltern und Kindern erst endgültig herbeiführen (problematisch deshalb OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1258) oder die das Pflegekindschaftswesen dem Vorwurf aussetzen, es ermögliche der Mittelschicht, ökonomisch und sozial benachteiligten Familien die Kinder zu nehmen (bedenklich OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811; zum Problem LÜDERITZ AcP 178 [1978] 263, 293; SIMITIS in: GOLDSTEIN ua II 188).

130 3. Gefahrabwendungsprimat der Eltern

Die Feststellung einer bestehenden Kindeswohlgefährdung impliziert, daß die Eltern ihrer Schutzfunktion bislang nicht nachgekommen sind, idR also soweit schon versagt haben. Damit ist der verfassungsrechtlich abgesicherte Elternvorrang gegenüber dem Staat aber noch nicht gegenstandslos geworden, die Eltern werden noch einmal aufgerufen, wenigstens jetzt und für die Zukunft ihren Pflichten zu genügen

und die eingetretene Gefährdung abzuwenden (Abs 1 S 1): „Wer seinen Pflichten nicht nachkam, hat sich damit noch nicht zur Folgenbeseitigung als unfähig oder unwillig erwiesen“ (GERNHUBER § 49 VIII 3). Erst die Feststellung des elterlichen Ausfalls auch für die Zukunft – aus welchem Grund auch immer (Unfähigkeit, Gleichgültigkeit, Unwilligkeit) – eröffnet die Möglichkeit vormundschaftsgerichtlicher Eingriffe, es handelt sich also um ein *negatives Tatbestandsmerkmal* (allg M; anders – soweit ersichtlich – nur SCHLÜTER § 22 VI 2). Auch ohne Hervorhebung im Gesetz wäre diese Einschränkung („Subsidiaritätsklausel“, MünchKomm-HINZ Rz 46) aus dem System des vormundschaftsgerichtlichen Kindesschutzes zu folgern gewesen (oben Rz 8) sowie aus dem zukunftsorientierten Gefährdungsbegriff (oben Rz 65; RGRK-ADELMANN Rz 54).

Konsequenterweise haben die elterlichen Möglichkeiten zur Gefahrabwendung zentrales Thema bei der richterlichen Anhörung der Eltern zu sein; hat eine diesbezügliche Erörterung mit den Eltern in der ersten Instanz nicht stattgefunden oder ist sie aus den Akten nicht ersichtlich, muß sie vom Beschwerdegericht nachgeholt werden (BayObLG FamRZ 1980, 1150, 1151; BayObLGZ 1983, 231, 235; vgl BayObLG FamRZ 1982, 634, 637; unten Rz 159).

Trotz anderen Standortes im Normaufbau korrespondiert der Subsidiaritätsgedanke eng mit dem Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit (§ 1666 a). Sind die Eltern fähig und willens, die Gefahr abzuwenden, ist vormundschaftsgerichtliches Einschreiten nicht nur unzulässig, sondern ohnehin nicht erforderlich; sind sie es nicht, ist der staatliche Interventionsansatz vorrangig daran auszurichten, die Eltern wieder in den Stand zu versetzen, ihrer Verantwortung nachkommen zu können (Vorrang der „Hilfe zur Selbsthilfe“, vgl Rz 3).

Die Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals in der **Entscheidungspraxis** bleibt 131 hinter seinem systematischen und rechtspolitischen Stellenwert zurück. Die Möglichkeit einer Gefahrabwendung durch die Eltern selbst wird in den Entscheidungsbegründungen zumeist gar nicht ausdrücklich erwähnt. Beruht die Gefährdung auf dauerhaften Verhaltensweisen der *Eltern* (zB Mißhandlungen, Vernachlässigung auf Grund von Gleichgültigkeit, Drogen- oder Alkoholmißbrauch), wird angesichts des ohnehin oft sehr späten Eingriffszeitpunkts eine elterliche Verhaltensänderung offenbar nicht mehr erwartet. Diese Haltung der Gerichte ist dann berechtigt und macht längere Erörterungen oder gar „Bewährungsversuche“ überflüssig, wenn dem Verfahren langfristige, aber letztlich erfolglose öffentliche Hilfen für die Familie vorangegangen sind oder von den Eltern abgelehnt wurden (BayObLG FamRZ 1981, 86; OLG Hamm DAVorm 1986, 540, 542; DAVorm 1986, 804, 806 f; vgl § 1666 a Rz 16). Das VormG muß sich auch nicht auf verbale, möglicherweise sogar ernstgemeinte Beteuerungen der Eltern einlassen, wenn die Fallgeschichte zeigt, daß die Eltern doch immer wieder rückfällig werden (OLG Frankfurt FamRZ 1983, 530 f: Drogenabhängigkeit). Auf die elterliche Abwendungsmöglichkeit braucht auch nicht eingegangen zu werden, wenn die Gefährdung gerade durch einen elterlichen Herausgabeantrag hervorgerufen worden ist, der aufrechterhalten wird (KG FamRZ 1981, 590, 591: Herausgabeverlangen dokumentiert mangelnden Willen zur Gefahrabwendung). Im übrigen sind elterliche Vorstellungen zur Gefahrabwendung auf ihre Geeignetheit zu überprüfen: Ungeeignet die Überlassung der Sorgerechtsausübung an das Jugendamt, wenn dieses zur Übernahme nicht bereit ist (KG FamRZ 1979, 1060, 1061); geeignet hingegen die Unterbringung des Kindes bei erziehungsbereiten und -fähigen Verwandten, wenn Verbleib des Kindes bei den Eltern nicht möglich oder gefährdend ist (BayObLG FamRZ 1985, 522 f: Mutter ist wegen Mißhandlung eines Neugeborenen das Sorgerecht entzogen; Vater, der bisher nicht eingeschritten war, will Kind jetzt zur Großmutter geben, die

schon seit 10 Jahren eine Schwester des Kindes gut betreut: kein Eingriff in das väterliche Sorgerecht [problematisch allerdings wegen zwischenzeitlicher Unterbringung des Babys in Pflegefamilie]; vgl auch OLG Schleswig SchlHA 1950, 93).

Zentraler Stellenwert auch in der Praxis muß der elterlichen Abwendungsmöglichkeit jedoch zukommen, wenn die Gefährdung von einem *Dritten* ausgeht. Nur wenn den Eltern (nochmals oder erstmals) Gelegenheit zur Abwendung gegeben wird, sind ihr Sorgevorrang gem Art 6 Abs 2 S 1 GG und die Subsidiarität staatlichen Kinderschutzes (Art 6 Abs 2 S 2 GG) gewährleistet (vgl. Rz 74; RGRK-ADELMANN Rz 50, 52).

IV. Rechtsfolge: Maßnahmen des VormG, Abs 1 S 1, 2 u Abs 2

132 1. Grundsätze

Als auf Einzelfallgerechtigkeit abzielende Norm konnte das Gesetz die zu treffenden Maßnahmen nicht vorschreiben, sondern mußte sie dem **Auswahlermessen** des Tatrichters überlassen (BayObLG FamRZ 1990, 1379, 1381; DAVorm 1981, 901, 903; 1982, 381, 385; 1983, 78, 82; 1984, 1048, 1054). Die offene Formulierung des Gesetzes gibt dem Gericht weitgehende Gestaltungsfreiheit, die eine routinemäßige Verengung des Maßnahmespektrums nicht zuläßt (zur traditionellen Praxis vgl SIMTIS ua, Kindeswohl 174 ff). Um dem entgegenzuwirken, gebietet jetzt § 1666 a bei besonders schweren Eingriffen (Trennung Kind-Eltern, Entzug der gesamten Personensorge) die vorherige Ausschöpfung aller Hilfsmöglichkeiten – mehr „Phantasie“ (SIMTIS ua aaO) ist aber auch bei allen anderen Maßnahmen erforderlich.

Da es in Abs 1 um das *persönliche* Wohl des Kindes geht, ist ein Entzug der **gesamten elterlichen Sorge** regelmäßig weder angezeigt noch zulässig (BayObLG FamRZ 1990, 1132, 1133; ZfJ 1990, 605, 606). Ausnahmsweise kommen jedoch auch nach Abs 1, 2 (nicht nur Abs 3) Eingriffe in die **Vermögenssorge** in Betracht, wenn die Eltern durch deren Handhabung das persönliche Wohl des Kindes gefährden (zB zu weitgehende, das Kind geistig und seelisch überfordernde Dispositionsfreiheit; JAUERNIG-SCHLECHTRIEM Anm 4 a zu §§ 1666–1668, 1670). Die richterliche Verantwortung umfaßt in vollem Umfang auch die einzelnen Maßnahmen selbst, nicht nur die grundsätzliche Eingriffsentscheidung. Unzulässig ist deshalb die Einsetzung des Jugendamts als Pfleger unter Überlassung aller konkret zu treffenden Schutzmaßnahmen an das Jugendamt (krit ZENZ, Kindesmißhandlung 345, 362 ff, 399). Anderes kann gelten bei *vorläufigen Anordnungen* (vgl BayObLG DAVorm 1985, 914, 917; FamRZ 1989, 421 ff; LG Berlin DAVorm 1980, 143, 146; dazu ie Rz 177–179).

- 133 Ziel der Maßnahmen** ist die Gefahrabwendung für das Kind. Dabei folgt nicht nur aus der verfassungsrechtlichen Stellung der Familie und des Elternrechts, sondern auch aus dem materiellen Kindesinteresse, daß die staatliche Intervention vorrangig nicht **gegen** die Familie, sondern auf ihre Unterstützung und Refunktionalisierung gerichtet sein muß (BVerfG FamRZ 1989, 145, 146; vgl ZENZ, Kindesmißhandlung 351: „Das Kind kann letztlich nur zu seinem **Recht** kommen, wenn **Hilfe** geleistet wird“; s auch oben Rz 3 sowie § 1666 a Rz 1). Es ist also bei den **Ursachen** des elterlichen Versagens anzusetzen, nicht nur bei den unmittelbar die Kindesgefährdung begründenden Symptomen. Kurz gesagt fordert § 1666 Hilfe statt Sanktion, und zwar nicht primär isolierende Hilfe für das Kind, sondern einen die ganze Familie erfassenden Hilfsansatz. Erst wenn Hilfe „über die Familie“ erfolglos oder aussichtslos ist, richtet sich der gebotene Kinderschutz notwendigerweise auch gegen die Eltern. Der ernstliche Versuch, zunächst die Konfliktquellen innerhalb

der Familie zu entschärfen und die Eltern zu unterstützen, sollte es bei Fehlschlägen dieses Versuchs aber auch erleichtern, die anderweitige Interessenwahrung des Kindes konsequent und konzentriert zu verfolgen. Zwar darf auch nachhaltig versagenden Eltern nicht generell jede Chance auf ihr Kind für den Fall späterer Konsolidierung verschlossen werden; bei Fremdplazierung des Kindes gebietet § 37 Abs 1 KJHG folgerichtig die „begleitende Arbeit mit der Herkunftsfamilie“ mit dem Ziel ihrer Refunktionalisierung (s § 1666 a Rz 12).

Das Kindesrecht auf Lebensbedingungen, die ihm ein „gesundes Aufwachsen“ ermöglichen (BVerfGE 24, 119, 145), kann aber halbherzigen, grundsätzlich „vorläufigen“ Eingriffen in die elterliche Sorge entgegenstehen. Das „Hängenlassen“ des Kindes in nicht-endgültigen Arrangements kann zu dessen fortdauernder Verunsicherung und damit Hemmung seiner Entwicklung führen. Ist die für das Kind unverzichtbare Kontinuität und Stabilität seiner Lebensbedingungen trotz allen Bemühens nicht innerhalb eines im Lichte der Kindesinteressen vertretbaren Zeitraums *mit* den Eltern herzustellen, dann ohne und notwendigerweise gegen sie: § 1666 stellt, im Einklang mit der Verfassung, das Kindesrecht bei echten und schwerwiegenden Konflikten über das Elternrecht (vgl SIMITIS in: GOLDSTEIN ua III 197 f: die „Vorläufigkeit“ aller Maßnahmen macht den Gerichten das Entscheiden leichter, schadet aber oft den Kindern; ähnl ZENZ, Kindesmißhandlung 361). Dem entspricht das jugendhilferechtliche Gebot, in diesen Fällen für das Kind eine andere, dauerhafte Lebensperspektive zu erarbeiten (§ 37 Abs 1 S 4 KJHG; vgl auch §§ 33, 36 Abs 1 KJHG sowie unten Rz 140). Dabei ist die Erkenntnis zu beachten, daß professionelle Kindesbetreuung und -erziehung, so gut sie im Einzelfall auch sein mag (Heim, Pflegeeltern), niemals das Grundbedürfnis des Kindes nach autonomen „Eltern“ und „Familie“ zu befriedigen vermag (GOLDSTEIN ua III 28 und passim; ie noch § 1666 a Rz 5).

Auch wenn dies in § 1666 a nur für schwerwiegende Eingriffe ausgesprochen wird, **134** so steht doch *jegliche Maßnahme* nach § 1666 unter dem Vorbehalt der **Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit**. Dieser allgemein anerkannte Grundsatz folgt aus Art 6 Abs 1 GG (ERICHSEN-REUTER 58 f), aus dem Elternrecht des Art 6 Abs 2 S 1 GG (BVerfGE 24, 119, 145; 60, 79, 89; FamRZ 1989, 145, 146) sowie auch aus dem Kindesrecht (Art 1, 2 GG): Gegen ungerechtfertigte Eingriffe des Staates in die Familie streiten Elternrecht und Kindesrecht gleichermaßen. Im übrigen ist zu beachten, daß die Auswirkungen einer Maßnahme bzw Nicht-Intervention für Eltern und Kind verschieden sein können; sie sind im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes getrennt zu prüfen. Die so festgestellten Beeinträchtigungen von Eltern und Kind müssen dann gegeneinander abgewogen werden (ZENZ, Kindesmißhandlung 370 f). Auch unter diesem Aspekt kann sich ergeben, daß weiteres Zuwarten auf Bewährung der Eltern oder Besserung ihrer Lebensverhältnisse zwar nicht hoffnungslos und für die Eltern damit gerecht wäre, für das Kind aber zu erheblichen, irreversiblen Schäden führen würde und damit unzumutbar wäre (§ 1666 a Rz 5).

Der Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit impliziert das **Gebot** **135 der Geeignetheit** der gewählten Maßnahme. Was geeignet ist, läßt sich erst nach genauer Ermittlung der Familiensituation und der erreichbaren öffentlichen und privaten Hilfsmöglichkeiten beurteilen. Geeignet und damit erforderlich können nur Maßnahmen sein, die die Kindessituation objektiv verbessern. Ist ein Eingriff grundsätzlich gerechtfertigt, kann dem Kind staatlicherseits aber die eigentlich gebotene Hilfe nicht zur Verfügung gestellt werden, so muß ein Eingriff zwar nicht stets ausscheiden (mißverständlich WIESNER ZBJugR 1981, 509, 517; ZENZ, Kindesmißhandlung 374). Wohl aber sind die Auswirkungen von Nichteingriff bzw verblei-

benden Eingriffsmöglichkeiten sorgfältig zu vergleichen (zur Verhältnismäßigkeit im engen Sinne sogleich noch Rz 137); vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen haben zu unterbleiben, wenn die Nachteile des Eingriffs die Belastungen des Kindes bei Nichtintervention aufwiegen. Damit ergibt sich eine teleologisch begründete Einschränkung auch schon im *Normtatbestand*: Rechtsfolgen werden nur ausgelöst, wenn geeignete und erforderliche Maßnahmen in concreto möglich sind. Unzulässig ist hingegen, den Schutz eines jetzt gefährdeten Kindes zu versagen, weil der Familie in der Vergangenheit die erforderlichen öffentlichen Hilfen nicht gewährt worden sind (so aber LG Berlin FamRZ 1983, 947; dazu oben Rz 126).

- 136** Erforderlich und verhältnismäßig ist auch immer nur der **geringstmögliche Eingriff**. Genügt zB eine Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs 4, so bedarf es im Grundsatz keines Eingriffs in das Sorgerecht nach § 1666 (vgl Rz 45). Häufig reicht auch zur Gefahrabwendung ein Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts (ggf mit weiteren Einzelbefugnissen) aus, ein völliger Entzug der Personensorge ist dann unverhältnismäßig (BayObLG FamRZ 1990, 1132 ff; ZfJ 1990, 605, 606 f). Beruht das elterliche Versagen auf „Überforderung“, so schießt eine Herausnahme des Kindes aus der Familie offenbar über das Ziel hinaus, wenn die Entscheidungsgünde nicht die Unmöglichkeit einer elterlichen Entlastung belegen (bedenklich deshalb BayObLG DAVorm 1985, 335, 337 f; LG Frankenthal DAVorm 1984, 320 ff [beengte Lebensverhältnisse und geringes Einkommen als Konfliktursachen]). Ist der Eingriff unumgänglich, so kann sich ein Gebot der „Nachsorge“, der flankierenden Hilfen mit dem Ziel der Reetablierung der Familie ergeben (OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811, 813; OLG Hamm DAVorm 1986, 804, 807; BayObLG ZBJugR 1983, 308, 311; ZENZ, Kindesmißhandlung 152, 243, 256 f, 261) – vorbehaltlich eines etwaigen Kindesanspruchs auf Endgültigkeit der Regelung (Rz 133). Das gilt insbes bei Maßnahmen auf Grund vorläufiger Anordnungen (versäumt zB in BayObLG FamRZ 1989, 421 ff). Das „mildeste Mittel“ ist insbes auch mit Blick auf das *Kind* zu erwägen. Erweist sich eine Trennung des Kindes von den Eltern als erforderlich, sollten wenigstens die Geschwister nach Möglichkeit zusammenbleiben (GÖTZINGER-PECHSTEIN ZfJ 1985, 477 ff).

- 137** Speziell das Prinzip der **Verhältnismäßigkeit** gebietet es, auch „erforderliche“ Maßnahmen in vorstehendem Sinn noch einmal abzuwägen gegen das mit dem vorgesehenen Eingriff verbundene Schadenspotential einerseits und die Risiken für das Kind bei Nichteingriff andererseits. So erscheint es zB unverhältnismäßig, bei zutiefst zerrüttetem Verhältnis zwischen Eltern und Großeltern einen Umgang zwischen Großeltern und Enkel gerichtlich anzuordnen (Rz 109, 110). Besonders problematisch sind auch *Trennungen* von Kind und Eltern, wenn beide Eltern das Verhältnis als positiv empfinden: Die drohende psychosoziale Schädigung des Kindes ist hier sehr groß, so daß nur schwerstwiegende Gefahren bei Verbleib des Kindes einen Eingriff rechtfertigen können. Dies wird man für den Fall einer neurotischen Mutter-Sohn-Symbiose, die die Sohnesentwicklung weitgehend blockiert, möglicherweise noch bejahen können (vgl Rz 88). Eher ein Grenzfall ist aber die harmonische, alternativ-bäuerliche „Aussteigerfamilie“, deren Kinder vom Schulbesuch abgehalten werden (BayObLGZ 1983, 231, 238 f): Die gerichtlich angeordnete Heimeinweisung der Kinder konnte nur auf der (unausgesprochenen) Wertung beruhen, daß mangelnde Ausbildung einen schwererwiegenden Nachteil darstellt als seelisch-soziale Entwurzelung (illegitim wären jedenfalls generalpräventive Erwägungen oder der Einsatz der kindeschädigenden Heimeinweisung zur Druckausübung auf die Eltern [vgl Rz 57]).

2. Einzelfragen**138**

Das Spektrum der in Betracht kommenden Maßnahmen beginnt mit Ermahnungen, Auflagen, Ge- und Verboten. Diese wenig einschneidenden Interventionen reichen in der Praxis oft nicht aus: Zum Verfahren gem § 1666 kommt es regelmäßig erst, wenn die Bemühungen des Jugendamtes um kooperative Konfliktlösungen gescheitert sind oder schwerwiegende Gefahren drohen. In beiden Fällen genügen Maßnahmen mit überwiegender Appellfunktion nicht den Anforderungen an effektiven Kinderschutz (WIESNER ZBlJugR 1981, 509, 512; SIMITIS ua, Kindeswohl, 159, 175).

Verweigert jedoch das Jugendamt eine nach dem KJHG pflichtgemäß zu gewährende und zur Gefährdungsabwendung geeignete Hilfe, die die Eltern zu akzeptieren bereit sind, so kann das VormG diese Hilfe *anordnen* als Maßnahme im Rahmen von § 1666 (s § 1666 a Rz 13). Das Freiwilligkeitserfordernis etwa auch bei der Erziehungsbeistandschaft (§§ 18 Abs 1, 30 KJHG) bleibt dabei gewahrt.

Echte *Eingriffe* in die elterliche Sorge können auf den Entzug einzelner Befugnisse, ganzer Teilbereiche (zB Vertretung) oder der gesamten Personensorge gerichtet sein (zu den Folgen des Entzugs unten 3.). Letztere Maßnahme wie auch die faktische Trennung des Kindes von der elterlichen Familie sind – als schwerstwiegende Eingriffe – nur unter den Voraussetzungen des § 1666 a zulässig (s Erl dort). Sie können möglicherweise vermieden werden auch durch eine „Aufsichtspflegschaft“ (s § 1671 Rz 194). Zum Maßnahmespektrum gehören schließlich auch Folgeeregungen, wie etwa ein Umgangsrecht der Eltern nach Entzug der elterlichen Sorge oder des Aufenthaltsbestimmungsrechts (Rz 51) oder die Anordnung psychotherapeutischer Behandlung des aus der Familie genommenen, psychisch geschädigten Kindes (etwa nach Kindesmißhandlungen, ZENZ, Kindesmißhandlung 287, 296; vgl Rz 75, 156). Zur eingriffsbegleitenden Arbeit mit der Herkunftsfamilie s Rz 133.

Eine besondere Rolle spielt in der Praxis die **Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts**, als zur Trennung des Kindes von seinen Eltern führende oder sie perpetuierende Maßnahme (vgl aber BayObLG DAVorm 1984, 1048, 1054 f: Rückübertragung der elterlichen Sorge auf Eltern, aber Aufenthaltsbestimmungsrecht bleibt bei Pfleger zwecks kontrollierter, versuchsweiser Rückführung der Kinder in die Familie). Eines Entzugs dieses Rechts bedarf es nur, wenn seine bloße Beschränkung nicht ausreicht (BayObLG FamRZ 1965, 280, 281: Sorgeberechtigte Mutter darf nicht Rückkehr des Kindes zu sich bestimmen) oder wenn eine Verbleibensanordnung gem § 1632 Abs 4 nicht genügt (Rz 45, 136). Muß hingegen das Aufenthaltsbestimmungsrecht voll und auf nicht von vornherein begrenzte Zeit entzogen werden, sollte diese Maßnahme regelmäßig nicht isoliert erfolgen. Andernfalls ergäbe sich die unzuträgliche Situation, daß das Kind in einem Heim oder einer Familie platziert wird, ohne daß die Pflegepersonen die zur Erziehung und Betreuung notwendigen Befugnisse haben. Letztere sind dem mit dem Aufenthaltsbestimmungsrecht betrauten Pfleger mitzuübertragen (unter entspr Entzug bei den Eltern) – auch zum Schutz des Pflegeverhältnisses vor elterlichem „Störfeuer“ (BayObLG DAVorm 1977, 583, 586 ff; FamRZ 1978, 135, 137; BayObLGZ 1980, 215, 221 f; 1983, 231, 239; ZBlJugR 1983, 302, 306; DAVorm 1985, 335, 338; FamRZ 1985, 100, 101; FamRZ 1989, 421, 422; OLG Frankfurt FamRZ 1983, 530, 531; LG Berlin DAVorm 1980, 143, 146; AG Frankfurt DAVorm 1982, 365, 368; FamRZ 1982, 1120, 1123 [Übertragung nicht auf Pflegeperson, sondern auf Jugendamt als „neutralen Dritten“]; CERTAIN ZBlJugR 1968, 104 ff; DIV-Gutachten DAVorm 1987, 972; KLUSSMANN ZfJ 1988, 478, 481; zur ähnl Problematik bei Verbleibensanordnungen nach § 1632 Abs 4 s oben Rz 45; GLEISSL-SUTTNER FamRZ 1982, 122, 126; zum Problem mangelnder Erziehungskompetenz SCHÜTZ

FamRZ 1986, 528, 529; KNÖPFEL FamRZ 1985, 1211, 1216 [beide in anderem Zusammenhang]). Diese zusätzliche Übertragung von Erziehungsrechten sollte nicht erst späteren Entscheidungen nach § 1696 vorbehalten werden (so aber BayObLG DAVorm 1977, 583, 586 f; 1981, 901, 903 f; ähnl DAVorm 1983, 381, 385 f; ZfJ 1990, 363, 364). Sie kann jedoch ausnahmsweise unterbleiben, wenn die Eltern mit der Unterbringung des Kindes in der Pflegefamilie einverstanden und zu Kooperation bereit sind (AG Frankfurt DAVorm 1982, 368, 372).

- 140** Ist die Trennung des Kindes von den Eltern voraussichtlich *endgültig*, so genügt der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts, selbst wenn er durch einzelne Erziehungsrechte ergänzt wird, vor allem bei kleineren Kindern regelmäßig nicht deren Interessenwahrung. Bei Eingriffen nach § 1666 gehört es auch zu den Verpflichtungen des Staates, „positiv die Lebensbedingungen für ein gesundes Aufwachsen des Kindes zu schaffen“ (BVerfGE 24, 119, 145). Diese verbieten, wenn die Eltern auf Dauer ausfallen, nicht nur die Störung neugewachsener Bindungen, etwa zu Pflegeeltern (BVerfGE 75, 201, 219 ff; FamRZ 1989, 145, 146), sondern *gebieten* auch die Ermöglichung neuen Beziehungsaufbaus und dessen rechtliche Absicherung. Geboten ist also nicht nur die faktische, sondern auch die rechtliche Eingliederung des Kindes in eine Ersatzfamilie. Der ungesicherte Status des Pflegekindes wird in anderen Zusammenhängen als auf Dauer kindeswohlwidrig eingestuft (BVerfG FamRZ 1989, 145, 146; SCHÜTZ FamRZ 1986, 528, 529); dies gilt nicht nur aus erzieherischen, sondern vor allem auch aus entwicklungspsychologischen Gründen (ZENZ Kindesmißhandlung 264 f, 297, 301 ff, 358–361; GOLDSTEIN ua III 28 ff; SIMITIS ebd 197 f; KLUSSMANN ZfJ 1988, 478, 481 ff).

Dieser Erkenntnis trägt § 37 Abs 1 KJHG Rechnung: Gelingt innerhalb eines im Hinblick auf die Kindesentwicklung vertretbaren Zeitraumes nicht die nachhaltige Verbesserung der Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie, so ist eine andere, kindeswohlgemäße und auf Dauer angelegte Lebensperspektive zu erarbeiten.

Die demnach regelmäßig anzustrebende Dauerlösung durch Adoption (vgl § 36 Abs 1 KJHG; BayObLG ZfJ 1990, 605, 607; Pflegschaft gemäß § 1909 Abs 1 S 1 für den Antrag des Kindes nach § 1748 Abs 1 S 1; DAVorm 1985, 335, 338; KG FamRZ 1981, 590, 592) wird jedoch vereitelt, wenn die Eingriffsschwelle für eine Ersetzung der elterlichen Zustimmung (§ 1748) wesentlich höher angesetzt wird als die des § 1666: Man schafft so eine Gruppe von Kindern, denen gem § 1666 die Eltern voraussichtlich auf Dauer genommen, denen vollwertige Ersatzeltern aber verweigert werden (Fallbeispiele OLG Frankfurt FamRZ 1983, 531; OLG Hamm ZfJ 1984, 364 ff, KG FamRZ 1985, 526 f; AG Kerpen ZfJ 1985, 470; krit ZENZ, Kindesmißhandlung 358 ff).

- 141** Maßnahmen gem § 1666 Abs 1 S 1 richten sich gegen die Eltern und betreffen idR deren Sorgeverhalten gegenüber dem Kind. Ausnahmsweise können Ver- oder Gebote jedoch auch den nicht unmittelbar kindesbezogenen **Persönlichkeitsbereich der Eltern** betreffen (etwa Verbot an den verheirateten Vater, die Freundin in die Ehewohnung aufzunehmen und dort nächtigen zu lassen, vgl OLG Hamm JMBL NRW 1962, 243; vgl auch BayObLG ZBlJugR 1969, 131). Zur elterlichen Erziehungsleistung gehört wesentlich auch das elterliche Vorbild (§ 1671 Rz 80, 81), auch kann elterliches Privatverhalten (wie in OLG Hamm aaO) das Kind seelisch erheblich verletzen. Allerdings ist gerade in diesem Zusammenhang eine streng kindzentrierte Betrachtung zu fordern, die früher häufige Benutzung des Kindeswohlarguments als Vehikel moralischer Gängelung elterlichen Privatverhaltens ist abzulehnen (vgl Rz 57, 89). Außerdem bedarf es selbst bei festgestellter erheblicher Kindesbetroffenheit noch einer Abwägung mit den Persönlichkeitsrechten der

Eltern – die Einschränkungen, die man dem Kindesinteresse zumutet im Hinblick auf seine familiäre Eingebundenheit (COESTER, Kindeswohl 209–214; ZENZ, Kindesmißhandlung 69), gelten dabei auch für die übrigen Familienmitglieder. So bleiben die Eltern grundsätzlich frei in ihrer Entscheidung über sie persönlich zentral berührende Fragen (zB Beruf, Umzug, persönliche Beziehungen), auch wenn sie die dem Kindeswohl abträgliche Alternative wählen (vgl GERNHUBER § 49 VIII 5). Einem Elternteil kann also in Anwendung des § 1666 Abs 1 S 1 beispielsweise nicht geboten werden, einen besser bezahlten Arbeitsplatz anzunehmen, eine mit Familienumzug verbundene berufliche Veränderung abzulehnen, ehewidrige Beziehungen einzustellen und in die Familie zurückzukehren.

Auch Maßnahmen mit unmittelbarer **Wirkung gegen Dritte** sind zulässig (**Abs 1 142 S 2**). Mit der Eröffnung dieser Möglichkeit durch das SorgeRG 1979 sollten die Eltern davon entlastet werden, zur Wahrnehmung ihrer Sorge- und Schutzfunktion auf dem Prozeßweg (oder jetzt auch gem § 1632 Abs 3) gegen das Kind gefährdende Dritte vorgehen zu müssen (BT-Drucks 8/2788, S 59, s oben Rz 9). In teleologischer Reduktion muß das Gesetz deshalb so verstanden werden, daß der durch die Eltern angeregte vormundschaftsgerichtliche Schutz gegen Dritte tatbestandlich nicht „elterliches Versagen“ voraussetzt, sondern eine Alternative pflichtgemäßen Elternverhaltens darstellt (Rz 9).

Dritter iS der Vorschrift ist jede nichtsorgeberechtigte Person, also uU auch der andere Elternteil (Maßnahmen gegen den nach Scheidung nichtsorgeberechtigten Elternteil zur Verhinderung einer drohenden Kindesentführung sind also nach § 1666 Abs 1 S 2 zu treffen; aA OLG Köln FamRZ 1985, 1059f: Abs 1 S 1, weil darin Mißbrauch des „Restbestands der elterlichen Sorge“ läge). Das Verhalten des Dritten muß zumindest mitursächlich sein für die Kindesgefährdung (aA SOERGEL-STRÄTZ Rz 39). Als Maßnahmen kommen typischerweise Kontakt- oder sonstige Einwirkungsverbote in Betracht (dazu Rz 106 ff; an die Möglichkeit von **Kontaktgeboten** wird regelmäßig nicht gedacht, zum Problem § 1618 a Rz 36, 37).

Als besondere Maßnahme erlaubt **Abs 2 die Ersetzung von Erklärungen der Eltern 143** durch das Gericht. Damit wird der vor dem SorgeRG notwendige Umweg über eine Pflegerbestellung zum Zwecke der Erklärungsabgabe überflüssig (Abs 2 kann als spezialgesetzliche Ausweitung der unmittelbaren Handlungsmöglichkeiten des VormG gem § 1693 verstanden werden, MünchKomm-Hinz Rz 57, § 1693 Rz 1). In Betracht kommen rechtsgeschäftliche Erklärungen (hinsichtlich Ausbildung und Beruf s Sondervorschrift des § 1631 a Abs 2 S 2) und rechtfertigende Einwilligungen, etwa in ärztliche Eingriffe oder sonstige Untersuchungen (BT-Drucks 7/2060 S 29; KG FamRZ 1970, 491; FamRZ 1972, 646; zur Ersetzung der elterlichen Einwilligung bei Schwangerschaftsunterbrechungen s Rz 82, 116; zum Aids-Test Rz 81).

Mit Wirksamkeit des vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses gilt die elterliche Erklärung als abgegeben. Soweit das *Kind* zur Eigenentscheidung (mit-) berufen ist, wie etwa das insoweit einsichtsfähige Kind bei körperlichen Eingriffen (vgl Rz 83), kann seine Erklärung *nicht* gem Abs 2 ersetzt werden (SOERGEL-STRÄTZ Rz 40): Selbstbestimmung verträgt sich nicht mit vormundschaftsgerichtlicher Kontrolle. Bei selbstgefährdender Haltung des Kindes besteht allerdings Anlaß zu sorgfältiger Prüfung seiner Entscheidungsreife.

Die **Dauer vormundschaftsgerichtlicher Maßnahmen** wird von der Kindesgefährdung bestimmt. Befristungen kommen regelmäßig nicht in Betracht, da das Ende der Gefährdung allenfalls in Ausnahmefällen kalendermäßig feststehen wird (OLG Stuttgart FamRZ 1974, 538, 540). Statt dessen ist die Situation des Kindes von Amts wegen (ggf auf Anregung der Beteiligten) zu überprüfen (§ 1696 Abs 3), nicht mehr

erforderliche Maßnahmen sind nach § 1696 Abs 2 aufzuheben (BayObLG FamRZ 1990, 1132, 1134 f). Der bloße Wegfall des früheren Eingriffsgrundes genügt hierfür jedoch noch nicht, es bleibt zu prüfen, ob nicht nunmehr neue Gesichtspunkte für den Fortbestand der Maßnahme sprechen (zB Bindung des Kindes an die Pflegeperson, vgl § 1632 Abs 4; OLG Karlsruhe Justiz 1982, 90, 91). Aus Klarheitsgründen scheiden auch (aufschiebend oder auflösend) bedingte Eingriffe aus (BayObLG NJW 1952, 320).

145 3. Folgen vormundschaftsgerichtlicher Eingriffe in die elterliche Sorge

Wird beim *ehelichen Kind* das Sorgerecht nur eines Elternteils ganz oder teilweise entzogen, folgen die Konsequenzen aus § 1680 (s Erl dort). Das VormG hat im Beschluß auszusprechen, daß der andere Elternteil die betr Befugnisse nunmehr allein ausübt (KG FamRZ 1971, 267, 269; BayObLG NJW 1962, 2204). Im Falle einer „abweichenden Entscheidung“ nach § 1680 Abs 1 S 2 sowie bei beidseitigem Entzug ist zugleich mit dem Beschluß nach § 1666 ein Vormund oder Pfleger zu bestellen (§§ 1773, 1774 bzw 1909; ein Vormund ist zu bestellen, wenn das gesamte Sorgerecht betroffen ist).

- 146 Beim *nichtehelichen Kind* ist bei Teilentzug stets Pflegerbestellung erforderlich (kein automatischer Übergang auf Amtspfleger, LG Berlin DAVorm 1975, 385; 1979, 764; Einzelpfleger hat Vorrang vor Amtspfleger, §§ 1915, 1791 b Abs 1 S 1, OLG Frankfurt FamRZ 1980, 284, 285). Bei vollem Sorgerechtsentzug kann ein Einzelvormund gem § 1773 bestellt werden (OLG Hamm DAVorm 1985, 502); dies *muß* geschehen, wenn die Amtspflegschaft für das Kind zuvor schon aufgehoben worden war (BayObLG ZBJugR 1983, 302, 307). Bestand hingegen noch Amtspflegschaft, so endet diese zwar mit dem Sorgerechtsentzug, (§ 1918 Abs 1), setzt sich aber – in Ermangelung eines Einzelvormunds – als Amtsvormundschaft kontinuierlich fort, § 1791 c Abs 2 (LG Berlin DAVorm 1979, 764).

- 147 Ist den Eltern das Sorgerecht wirksam entzogen, steht ihnen gegen die spätere Pflegerbestellung grundsätzlich *kein Beschwerderecht* gem § 57 Abs 1 Nr 9 FGG mehr zu (BGH NJW 1956, 1755; aA BayObLGZ 1964, 284, 285 f). Anderes sollte jedoch gelten, soweit sich die Eltern nur gegen die *Person* des ausgewählten Pflegers wenden (KG FamRZ 1986, 1245, 1246).

Zum **Umgangsrecht** der Eltern nach Entzug des Sorgerechts s oben Rz 51 u § 1634 Rz 124.

V. Entziehung der Vermögenssorge, Abs 3

148 1. Allgemeines

Unter den besonderen Voraussetzungen des Abs 3 kann das VormG den Eltern auch die **Vermögenssorge** (ganz oder teilweise) entziehen, wenn sie ihre Unterhaltspflicht den Kindern gegenüber verletzt haben und für die Zukunft deren Unterhalt gefährdet ist (vgl aber auch Rz 132). Abs 3 begründet sich daraus, daß in diesen Fällen eine Vermögensgefährdung des Kindes iSd § 1667 nicht notwendigerweise vorliegt und Unterhaltspflichtverletzungen regelmäßig nicht nur das Vermögensinteresse, sondern vor allem auch das persönliche Wohl des Kindes berühren. Demgemäß wird als Normzweck genannt: (1) Schutz des leiblichen Wohls vor Gefährdungen durch Unterhaltspflichtverletzungen; (2) Sicherstellung der Verwendung von Kindeseinkünften aus Vermögen oder Erwerbstätigkeit gem § 1649 Abs 1 (BayObLG FamRZ 1964, 638 f; DAVorm 1989, 153, 155).

Das **Verhältnis zu Abs 1 S 1** ist streitig. ZT wird für Eingriffe nach Abs 3 verlangt, 149 daß die allgemeinen Voraussetzungen des Abs 1 S 1 vorliegen müßten (OLG Karlsruhe FamRZ 1961, 486, 487; GERNHUBER § 49 VIII 7 Fn 28), zT hält man Abs 3 aber auch für einen selbständigen Eingriffstatbestand (KG RJA 8, 86 f; JFG 14, 423, 425 f; MünchKomm-Hinz Rz 59; SOERGEL-STRÄTZ Rz 46; Voraufz Rz 281). Für die erste Auffassung spricht das Wort „auch“ in Abs 3, unstreitig können bei Erfüllung beider Tatbestände Maßnahmen nach Abs 1, 2 mit der nach Abs 3 kumuliert werden (der Entzug der Vermögenssorge nach Abs 3 kann einem Entzug der Personensorge auch *nachfolgen*, KG RJA 8, 86 f). Andererseits setzt Abs 3 die „Gefährdung des Unterhalts“ einer Kindeswohlgefährdung iS von Abs 1 S 1 gleich – zusätzlich noch letztere zu fordern oder gar begleitende Maßnahmen nach Abs 1, 2 wäre nicht nur text-, sondern auch sinnwidrig.

2. Der Tatbestand im einzelnen

150

Eine **Unterhaltspflichtverletzung** iSv Abs 3 liegt vor, wenn der nach § 1601 ff geschuldete, angemessene Kindesunterhalt ganz oder teilweise nicht geleistet wird (KG RJA 8, 86, 88; BayObLG DAVorm 1989, 153, 155). Bar- und Naturalunterhalt sehen sich insoweit gleich (BRÜGGEMANN ZBIJugR 1980, 53, 68), mangelnde Ernährung und Versorgung des Kindes ist ein typischer Fall der Kumulation von Abs 1 und Abs 3 (vgl OLG Hamm DAVorm 1986, 804, 807; s Rz 85). Schuld ist auch hier unerheblich. Im Fall des § 1649 Abs 1 kann eine Unterhaltspflichtverletzung auch darin liegen, daß vom gem §§ 1602, 1603 Abs 1 nicht unterhaltspflichtigen Elternteil dem Kind die zur Unterhaltung notwendigen Mittel aus seinen Einkünften nicht zur Verfügung gestellt werden (KG JFG 14, 423, 427 f). Keine Unterhaltsverletzung soll vorliegen, wenn der Sorgeberechtigte nicht leistet, weil ihm das Kind von den Betreuungspersonen vorenthalten wird (OLG Düsseldorf FamRZ 1968, 89 f; vgl OLG Hamm FamRZ 1973, 40, 42).

Eine **Gefährdung des Unterhalts für die Zukunft** kommt (trotz Streichung des 151 entspr Wortes durch das SorgeRG) nur bei *erheblichen* Unterhaltsverletzungen in Betracht (BayObLG DAVorm 1989, 153, 155; MünchKomm-Hinz Rz 60; SOERGEL-STRÄTZ Rz 46) – dies ergibt sich aus dem Gefährdungsbegriff und dem Verhältnis-mäßigkeitsgebot. Die Gefährdung muß sich auf den künftigen *Unterhalt* beziehen, nicht auf das Kindesvermögen (dann § 1667). Eine Unterhaltsgefährdung liegt nicht vor, wenn der unterhaltspflichtige Elternteil zwar nicht leistet, das Kind aber (1) anderweitig versorgt wird und dies (2) entweder auf Grund einer Vereinbarung mit der anderen Person (auch dem anderen Elternteil) geschieht (BayObLG aaO 155 f) oder zumindest auf Grund wechselseitiger Kenntnis und Duldung der Situation (KGJ 37. A 44 f; BayObLG FamRZ 1964, 638 f). Bloßes Einspringen Dritter (auch öffentliche Leistungen oder Versorgung durch Pflegeeltern) in die durch die Unterhaltspflichtverletzung entstandene Versorgungslücke (was praktisch immer erfolgen wird) beseitigt die Unterhaltsgefährdung nicht (anders wohl OLG Frankfurt FamRZ 1983, 530, 531; dem folgend MünchKomm-Hinz Rz 60).

Als **Maßnahme** nennt das Gesetz den Entzug der Vermögenssorge, also der Vermögensverwaltung und der diesbezüglichen Vertretung. Teilentzug ist möglich. Hinsichtlich der weiteren Folgen vgl oben Rz 145–147.

VI. Verfahrensfragen

152 1. Zuständigkeit

Die *sachliche* Zuständigkeit für Maßnahmen auch § 1666 liegt beim **VormG** (Richtervorbehalt, § 14 Nr 8 RPflG) als Abteilung des Amtsgerichts (§ 35 FGG). Zur Abgrenzung von der familiengerichtlichen Zuständigkeit s oben Rz 37 ff. Bei Zuständigkeitsstreit ist § 36 Nr 6 ZPO entspr anwendbar (BGH DAVorm 1980, 933 ff). Die *örtliche* Zuständigkeit ergibt sich aus §§ 43, 36 FGG. Zur *internationalen* Zuständigkeit unten Rz 181.

153 2. Verfahren

Aus der dienenden Funktion des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht folgt, daß das **Kindeswohl** auch die **beherrschende Richtlinie** für die gesamte Verfahrensgestaltung sein muß (COESTER in: 6. DFGT 35 f; vgl oben Rz 55). Dies gilt für die Entscheidungsfindung, -begründung und ggf -durchsetzung. Es gilt insbes auch für die *Verfahrensdauer*, die nicht selten weit über das hinausgeht, was für das Kind angemessen oder noch erträglich ist (SIMITIS ua, Kindeswohl 153–157, 164; SMITIS, FS Müller-Freienfels [1986] 579, 615 f). Dabei ist allerdings einzuräumen, daß wesentliche Schuld hieran auch oft bei den Beteiligten liegt, die in verbissenem Streit um das Kind dessen objektives Wohl längst aus den Augen verloren haben. Problematisch im Lichte des Kindeswohls ist auch der Prüfungsansatz der Rechtsbeschwerdeinstanz: Die Aufrechterhaltung des Beschlusses der Vorinstanz hängt von dessen Rechtmäßigkeit im Zeitpunkt der Beschlußfassung ab; daß das Rechtsbeschwerdegericht mehrere Monate später de facto oft über einen anderen Sachverhalt entscheidet (insbes im Hinblick auf Trennungszeiten und Kindesverwurzelung), wird ignoriert (das gilt auch für die verfassungsgerichtliche Kontrolle, vgl BVerfG ZfJ 1989, 88 = FamRZ 1989, 31: Kleinstkind seit Geburt für 9 Monate bei Pflegeeltern zur Zeit der Beschwerdeentscheidung, 10 Monate zur Zeit der OLG-Entscheidung, 15 Monate bei Entscheidung des BVerfG). Angesichts der Autorität der obergerichtlichen Entscheidung wird den Tatsacheninstanzen oft der Mut fehlen, den geänderten Umständen nach Rückverweisung oder im Rahmen des § 1696 eigenverantwortlich Rechnung zu tragen.

154 a) Einleitung

Die **Einleitung des Verfahrens** erfolgt **von Amts wegen**. Dies ergibt sich aus der Funktion des staatlichen Wächteramtes, dessen Ausübung nicht von der Initiative Privater oder von Behörden abhängen kann. Dem steht nicht entgegen, daß das VormG von dritter Seite über Eingriffstatbestände informiert und zur Maßnahme angeregt wird – so obliegt dem Jugendamt gem § 50 Abs 3 KJHG eine Anzeigepflicht (dies ist eine Belastung für die unterstützende Sozialarbeit des Jugendamts, vgl BT-Drucks 11/5948 S 86; ZENZ, Kindesmißhandlung 143).

Nach einstweiliger Inobhutnahme oder Umplazierung durch das Jugendamt hat es ebenfalls das VormG anzurufen, wenn die Personensorgeberechtigten widersprechen (§§ 42, 43 KJHG; vgl Rz 53). Auch Anregungen Dritter muß das VormG von Amts wegen nachgehen (vgl KOLLHOSSER, Zur Stellung und zum Begriff des Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit [1970] 303 ff). Hier kommen öffentliche Institutionen wie Schule und Kindergarten in Betracht, aber auch private Dritte wie Nachbarn, Ärzte oder Verwandte. Auch die Eltern oder ein Elternteil können vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen

erbitten, wenn das Kind durch Verhalten eines Dritten (Abs 1 S 2) oder durch den anderen Elternteil gefährdet ist (s oben Rz 8, 9, 142).

Auch dem betroffenen **Kind** wird von der hM **kein formelles Antragsrecht** zugebil- 155
ligt, seine „Anregung“, Maßnahmen zu treffen, hat das VormG pflichtgemäß zu
überprüfen wie andere Anregungen auch. Dies gilt auch, soweit das (mindestens
14jährige) Kind gegen die erstinstanzliche Entscheidung ein eigenständiges Be-
schwerderecht gem § 59 FGG hat (JANSEN, FGG § 59 Rz 12; BT-Drucks 7/2060
S 29; krit zugunsten eines Antragsrechts des Kindes HINZ, Kindesschutz 56–63;
MünchKomm-HINZ Rz 63). Allerdings hat der Jugendliche in letzterem Fall im
Verfahren die Rechtsstellung eines formell und materiell Beteiligten (LG München
FamRZ 1978, 614, 617 [zu § 1634]; JANSEN, FGG § 6 Rz 5; HINZ, Rechtsschutz
46 ff; SOERGEL-STRÄTZ Rz 54; aA LG Kassel FamRZ 1970, 597), kann also schon im
Vorfeld der erstinstanzlichen Entscheidung seine Interessen wahrnehmen. Hierzu
kann das VormG dem Kind einen Rechtsanwalt beordnen. Diese Maßnahme
signalisiert im Einzelfall Achtung und Anerkennung der eigenständigen Interessen
und Persönlichkeitsrechte des Kindes, deren Wahrung durch die Eltern nicht
hinreichend gesichert erscheinen mag. Die Bestellung eines Verfahrensvertreters
für das Kind muß deshalb auch vor Erreichung des 14. Lebensjahres in geeigneten
Fällen möglich sein (AG Mönchengladbach-Rheydt FamRZ 1985, 532, gestützt auf
Art 103 Abs 1 GG, mit krit Anm KUNTZE; zust MünchKomm-HINZ Rz 63; vgl auch
BVerfG NJW 1986, 3129, 3130; NJW 1981, 217). Da es dabei noch nicht um die
rechtliche Vertretung des Kindes, sondern um seine sachliche Interessenwahrung
geht, bedarf es nicht der Anordnung einer Ergänzungspflegschaft (zur übergreifenden
Thematik eines „Kindesanwalts“ vgl Protokolldienst 14/83 der Ev Akademie
Bad Boll [1983], Der Anwalt des Kindes; GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT I 58 ff, 83, 122;
SALGO ZBlJugR 1985, 259 ff; ders Neue Praxis 1988, 150 ff; SIMITIS in: GOLDSTEIN ua
III 191, 201 ff; ZENZ, Kindesmißhandlung 413–415 mwN; FROMMANN, Die Wahrneh-
mung der Interessen Minderjähriger im vormundschafts- bzw familiengerichtlichen
Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss Frankfurt [1977]). Da
der 14jährige Jugendliche im übrigen auch gegen die Ablehnung der angeregten
richterlichen Schutzmaßnahme eigenständig Beschwerde gem § 59 FGG einlegen
kann (OLG Hamm FamRZ 1974, 29, 30; OLG Stuttgart FamRZ 1974, 538, 540; LG
Kassel FamRZ 1970, 597; MünchKomm-HINZ Rz 63; SOERGEL-STRÄTZ Rz 56),
fordern sachliche Gesichtspunkte nicht die Aufwertung seiner Anregungsmöglich-
keit zu einem formellen Antragsrecht. Auf seine Verfahrensrechte ist das Kind
schon vom Jugendamt hinzuweisen, § 8 Abs 1 S 2 KJHG. Die Stellung eines
Verfahrensbeteiligten hat auch der *Dritte*, gegen den gem Abs 1 S 2 Maßnahmen
ergriffen werden sollen.

b) Ermittlungen

156

Für die Ermittlungen gilt der Untersuchungsgrundsatz, § 12 FGG. Sie erfolgen
entweder formlos oder entspr den Vorschriften der ZPO im förmlichen Beweisver-
fahren (§ 15 FGG). Letzteres empfiehlt sich bei besonders schwerwiegenden Ein-
griffen in die elterliche Sorge (OLG Düsseldorf FamRZ 1968, 260), im übrigen liegt
die Art der Aufklärung jedoch im pflichtgemäßen Ermessen des Vormundschafts-
richters (OLG Düsseldorf aaO; KG NJW 1961, 2066). Entsprechendes gilt für den
Umfang der Ermittlungen: Diese sind grundsätzlich auf alle Aspekte zu erstrecken,
die für die Voraussetzungen der Maßnahme, ihre konkrete Gestalt und ihre Folgen
von Bedeutung sind. Hierin liegen gleichzeitig Auftrag und Grenze der tatrichterli-
chen Ermittlungspflicht: Die Ermittlungen sind nur insoweit auszudehnen, als das
Vorbringen der Beteiligten und der erkennbare Sachverhalt bei sorgfältiger Überle-
gung im Lichte des Gesetzes dazu Anlaß geben (BGHZ 40, 54, 75; BayObLG

DAVorm 1982, 604, 609; 1981, 897, 901; FamRZ 1976, 43, 45). An darüber hinausgehende Beweisanträge der Beteiligten ist das Gericht nicht gebunden. Jedoch dürfen mögliche Tatsachenermittlungen nicht durch Unterstellungen ersetzt werden (OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931: Kindeswohlgefährdung in Pakistan).

- 157** Im Hinblick auf § 1666 a sind die Ermittlungen auch auf die denkbaren **Hilfsansätze** zu erstrecken (ZENZ, Kindesmißhandlung 152). Dies setzt die Aufklärung der sozialen, psychologischen und familiendynamischen Zusammenhänge voraus, die zum elterlichen Versagen geführt haben (ZENZ 328). Weiterhin sind die Ermittlungen zu richten auf die Geeignetheit der ins Auge gefaßten und anderer denkbarer Maßnahmen sowie beispielsweise die Notwendigkeit einer psychotherapeutischen Behandlung des mißhandelten Kindes nach seiner Trennung von den Eltern (Rz 75, 138). Polizeiliche Ermittlungen und solche im Strafverfahren können verwertet werden, binden den Vormundschaftsrichter aber nicht (schon im Hinblick auf die andersartige Fragestellung) und entbinden auch nicht von eigenen Feststellungen (vgl. Rz 75). Letztlich nichts anderes gilt für die Berichte, die das Jugendamt gem § 50 Abs 3 KJHG oder § 49 Abs 1 Nr 1 Ziff f FGG erstattet (grundsätzlich DANZIG, Kindschaftsrecht 177 ff): Sie ersetzen nicht eigene Ermittlungen des Gerichts (zu vorläufigen Anordnungen jedoch Rz 178), da dieses seine Entscheidung nur auf Grund unvermittelter Sachanschauung treffen darf und die regelmäßig schon vorhandene Involviertheit des Jugendamts in den Fall Zurückhaltung gegenüber der Verwertung tatsächlicher Angaben nahelegt (ZENZ, Kindesmißhandlung 140 ff, 308). Dies gilt besonders, wenn die Beteiligten den Sachverhalt verschieden darstellen.

158 c) Insbesondere: Anhörungspflichten

Ermittlungspflicht gem § 12 FGG sowie Pflicht zur Gewährung rechtlichen Gehörs gem Art 103 Abs 1 GG sind die Grundlage der richterlichen *Anhörung der Beteiligten* (zu einstweiligen Anordnungen Rz 178; zum Beschwerdeverfahren Rz 175). Zu hören sind die Eltern (§ 50 a FGG), das Kind (§ 50 b FGG), Pflegepersonen (§ 50 c FGG), Dritte, gegen die Maßnahmen getroffen werden sollen (Abs 1 S 2) sowie das Jugendamt (§§ 49 Abs 1 Nr 1 Ziff f FGG, 50 Abs 1 KJHG). Die Anhörung weiterer Personen kann aus dem Untersuchungsgrundsatz (§ 12 FGG) geboten sein.

- 159** Speziell die **Anhörung der Eltern** hat, neben den erwähnten Gründen, den Zweck, dem Gericht einen *persönlichen Eindruck* zu verschaffen (BayObLG DAVorm 1986, 269, 272; FamRZ 1982, 634, 637; FamRZ 1980, 1150, 1151; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931, 932). Dieser ist wesentliche Grundlage für die zu treffenden Maßnahmen, er ermöglicht die Korrektur verzeichnender Jugendamtsberichte (vgl. BayObLG FamRZ 1982, 638, 639 f) oder unbelegter Vermutungen (vgl. das LG in BayObLG DAVorm 1986, 269 u. später FamRZ 1986, 102: Zunächst vertraute das LG auf Vernunft und Zuneigung der [nicht angehörten] Mutter, nach Rückverweisung und Anhörung wurde die Mutter als „völlig ungeeignet, feindselig“ und selbstständig eingestuft). Des weiteren sollen im Rahmen der Anhörung die Möglichkeiten der Eltern erörtert werden, die eingetretene Kindeswohlgefährdung abzuwehren (vgl. Rz 130; BayObLGZ 1983, 231, 235; FamRZ 1980, 1150, 1151); hilfsweise ist mit den Eltern nach den schonendsten Maßnahmen zu suchen (BayObLG FamRZ 1980, 1150, 1151). Die Anhörung der Eltern kann ausnahmsweise unterbleiben, wenn diese für nicht absehbare Zeit nicht erreichbar sind (§ 50 a Abs 3 S 1 FGG, BayObLG FamRZ 1981, 814, 815 [Auslandsaufenthalt]).

- 160** Die **Anhörung des Kindes** soll dem Tatrichter insbes. ein besseres Verständnis von dessen Persönlichkeit und Situation, von seinen Bedürfnissen und Gefühlen vermitteln.

teln. Gleichzeitig kann das Gewicht einzelner Faktoren für dieses Kind besser eingeschätzt werden (OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1273). Neben der persönlichen Kenntnis dient die Anhörung des Kindes aber auch der Ermittlung seines Willens. Die Unterscheidung dieser beiden Funktionen der Anhörung (Rz 62, 63; näher § 1671 Rz 115 ff) ist wichtig für die Frage einer Altersgrenze bei der Anhörung: Die Stimme eines über 14jährigen Kindes hat gem § 50 b Abs 2 S 1 FGG stets Gewicht. Aber auch bei jüngeren Kindern kann gem § 50 b Abs 1 FGG der Kindeswille von Bedeutung sein; der Umstand jedoch, daß das betroffene Kind zur „vernünftigen Eigenbeurteilung“ noch nicht in der Lage ist, befreit nicht von der Anhörungspflicht (so aber BayObLG FamRZ 1981, 814, 815), denn Neigungen und Bindungen sind nach § 50 b Abs 1 FGG alternativer Gegenstand der Anhörung (treffend differenzierend OLG Hamm DAVorm 1986, 804, 807 f; BayObLG ZfJ 1985, 36). Es kann deshalb *keine generelle untere Altersgrenze für die Kindesanhörung* geben, auch 3jährige Kinder beispielsweise sind anzuhören (OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1272 f; BayObLG ZfJ 1985, 36; vgl auch BayObLG FamRZ 1983, 948 [4 Jahre]; FamRZ 1985, 1179, 1180 [8 Jahre]; DAVorm 1986, 269, 272; FamRZ 1987, 86, 88; DAVorm 1981, 901, 904; DAVorm 1983, 381, 386; FEHMELE DAVorm 1981, 169, 172 f; LUTHIN FamRZ 1979, 986, 988 f; ders, FamRZ 1981, 111, 112 ff; ders, FamRZ 1981, 1149 f). Dem hat insbes die Praxis vor dem SorgeRG oft nicht entsprochen (SIMTIS ua, Kindeswohl 158; vgl noch OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811, 813 [keine Anhörung des 4jährigen Kindes trotz existenzieller Betroffenheit]); heute führt die Nichtanhörung auch kleiner Kinder jedoch regelmäßig zur Aufhebung in der Rechtsbeschwerdeinstanz (vgl die oben zit Entscheidungen).

Die Kindesanhörung darf nur ausnahmsweise unterbleiben, wenn hierfür besondere **161** Gründe sprechen. Als solche wurden anerkannt:

(1) Wenn der Sachverhalt in anderer Weise ausreichend ermittelt worden ist und demnach schon feststeht, daß das objektive Wohl des Kindes – unabhängig vom Kindeswillen – eine bestimmte Entscheidung erfordert (BayObLG DAVorm 1981, 901, 904 [Kind verstört in Loyalitätskonflikten]; DAVorm 1983, 381, 387 [Kind im Elternhaus erheblich gefährdet]; FamRZ 1984, 928, 929 [Kindesmißhandlung]; ZBIJugR 1983, 308, 310 [keine Rückgabe des Kindes an die Mutter wegen deren objektiver Erziehungsunfähigkeit]). Diese Fälle sind im Rahmen des § 1666 häufiger als bei der Sorgeverteilung nach Scheidung, müssen aber dennoch als *Ausnahmen* verstanden werden. Andernfalls besteht die Gefahr, daß die grundsätzliche Anhörungspflicht durch stereotype Floskeln in ihr Gegenteil verkehrt wird („... ein die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis brauchte das LG von der Anhörung des Kindes nicht zu erwarten“, BayObLG DAVorm 1982, 359, 364). Ob die Anhörung ergiebig war oder nicht, steht regelmäßig erst nach ihrer Durchführung fest. Außerdem kann sie – selbst wenn eine Eingriffsnotwendigkeit grundsätzlich feststeht – Hinweise auf die konkret zu treffende Maßnahme geben (angemessen individualisierende Begründung zB in OLG Hamm DAVorm 1986, 804, 807 f: Für Willensentscheidungen waren Kinder zu klein, Bindungen zu den Eltern konnten andererseits wegen langjähriger Trennung nicht vorliegen; vgl auch BayObLG ZfJ 1985, 36 f).

(2) Wenn eine (erneute) Anhörung voraussichtlich nichts Neues bringt, etwa weil das Kind innerhalb kurzer Zeit schon oft richterlich zur selben Thematik angehört worden ist (BayObLG DAVorm 1982, 604, 610; ZBIJugR 1983, 308, 310 f; AG Frankfurt FamRZ 1982, 1120, 1121) oder weil das Kind schon in der Vorinstanz jede Äußerung beharrlich verweigert hat (BayObLG ZBIJugR 1983, 308, 310, 311; FamRZ 1984, 929, 930). Auch hier ist vor floskelhaftem Gebrauch zu warnen.

(3) Wenn die Anhörung das Kind unverhältnismäßig *belasten* würde. Dabei ist davon auszugehen, daß *jede* Anhörung für das Kind belastend ist, der Gesetzgeber dies aber bei Statuierung der Anhörungspflicht grundsätzlich in Kauf genommen hat. Deshalb können nur *besondere* Belastungen im Einzelfall ein Absehen von der Anhörung rechtfertigen (BayObLG FamRZ 1987, 86, 88; ZBIJugR 1983, 308, 310 f; AG Frankfurt FamRZ 1982, 1120, 1124; KG FamRZ 1981, 204 [Scheidungsfall]). Ärztliches Abraten von der Anhörung wird insoweit regelmäßig zu beachten sein (BayObLG DAVorm 1982, 359, 364).

162 Die Anhörung des Jugendamtes (§§ 50 Abs 1 KJHG, 49 Abs 1 Nr 1 Ziff f FGG) soll sowohl der Tatsachenermittlung dienen wie auch dem Jugendamt Gelegenheit zur gutachtlichen Äußerung geben. Das Jugendamt wirkt im gerichtlichen Verfahren als Träger *eigener* Aufgaben mit, es ist nicht bloßes Hilfsorgan des Gerichts. Aus dem eigenständigen Mitwirkungsrecht und der daraus folgenden Anhörungspflicht des Gerichts folgt andererseits auch die *Pflicht* des Jugendamts zur Mitwirkung (BT-Drucks 11/5948 S 87, 138). Die Pflicht zur Stellungnahme umfaßt regelmäßig, aber nicht notwendig einen Entscheidungsvorschlag des Jugendamts. Das VormG ist verpflichtet, sich mit dem Jugendamtsbericht auseinanderzusetzen; eine Abweichung von dessen Entscheidungsvorschlag muß idR begründet werden (BayObLG ZBIJugR 1981, 272, 276). Einstweilige Anordnungen können ohne Anhörung des Jugendamts getroffen werden (§ 49 Abs 4 FGG).

163 d) Insbesondere: Sachverständigengutachten

Wenn die Sachkunde des Vormundschaftsrichters zur Feststellung und Bewertung wesentlicher (etwa seelischer oder geistiger) Aspekte des Kindeswohls nicht ausreicht, ist von Amts wegen ein Sachverständigengutachten anzufordern. Die grundsätzlich erforderliche Einwilligung des Sorgeberechtigten (BayObLG FamRZ 1987, 87, 88 f) kann durch das Gericht ersetzt werden, Abs 2, nicht jedoch die Einwilligung des Kindes, die bei hinreichender Einsichtsfähigkeit allein oder kumulativ erforderlich ist (vgl Rz 83; in letzterem Sinne BayObLG aaO). Bei Unterbringung sind zudem §§ 1631 b u 64 a, 64 i FGG zu beachten; ein Elternteil selbst kann nicht gegen seinen Willen begutachtet werden (OLG Stuttgart FamRZ 1975, 167 f).

164 Zwar steht die Einholung eines Gutachtens im pflichtgemäßen Ermessen des Richters, in der Nichteinholung kann im Einzelfall aber fehlerhafter Ermessensgebrauch und damit ein Verstoß gegen die richterliche Ermittlungspflicht liegen (BayObLG FamRZ 1981, 814, 817; OLG Oldenburg FamRZ 1981, 813; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931). An Beweisanträge der Beteiligten ist das Gericht allerdings nicht gebunden (BGH FamRZ 1965, 433, 434; BayObLG DAVorm 1982, 359, 364), eines Gutachters bedarf es insbes nicht, wenn zu weiteren Ermittlungen nach allgemeinen Grundsätzen (Rz 156) kein Anlaß besteht (BayObLG DAVorm 1985, 914, 916; DAVorm 1981, 897, 901) oder wenn die fraglichen Tatsachen offenkundig sind oder unterstellt werden (AG Moers ZfJ 1986, 113, 115). Ausnahmsweise kann auf Gutachten auch verzichtet werden, wenn das Kind durch die Begutachtung außerordentlich belastet würde (BayObLG FamRZ 1987, 86, 88). Zu erwartender Erkenntnisgewinn ist dabei gegen Kindesbelastung und Verfahrensverzögerung abzuwägen.

165 Im übrigen hängt die Einholungspflicht davon ab, ob sich der Richter für einen außerrechtlichen Aspekt des Kindeswohls zu Recht für *hinreichend sachkundig* halten darf. Ist dies der Fall, kommt es insbes nur auf „Fragen der täglichen Erfahrung“ oder Kenntnisse an, die Richter regelmäßig selbst haben oder die dieser Richter im Laufe seiner Berufspraxis erworben hat, braucht kein Sachverständiger

beigezogen zu werden (BGH FamRZ 1965, 433, 434; BayObLG DAVorm 1982, 359, 364; DAVorm 1982, 600, 604; DAVorm 1982, 611, 616; ZfJ 1984, 363, 364; FamRZ 1985, 522, 523). Bei der Berufung auf „Erfahrungswissen“ ist aber Vorsicht geboten (grundsätzlich COESTER, Kindeswohl 379 ff, 404, 418 f, 450, 468 ff): Es mag noch die Feststellung tragen, daß ein verwirrtes Kind aus der feindseligen Atmosphäre zwischen sorgeberechtigter Mutter und Großeltern herausgehalten werden sollte (BayObLG DAVorm 1982, 359, 364; DAVorm 1982, 600, 604; ZfJ 1984, 363, 364). Daß ein Kind bei der Herausnahme aus der Pflegefamilie psychische Schäden erleide, ist jedoch mit „täglicher Erfahrung“ nicht mehr begründbar (so aber BayObLG DAVorm 1982, 611, 616), sondern nur mit außerjuristischem Fachwissen des Gerichts. Gerade auf seelischem Gebiet lenken „Erfahrungssätze“ tendenziell vom betroffenen Kind ab, sie täuschen häufig darüber hinweg, daß hier (aus anderen Gründen) eine bestimmte Entscheidung gewollt ist ohne Rücksicht auf die individuellen Kindesbedürfnisse (vgl. BayObLG FamRZ 1985, 522, 523 [Richter „sachkundig“, daß ein neunmonatiges Kind von den Pflegeeltern zu den Großeltern umplaziert werden kann ohne seelische Schäden]; LG Berlin FamRZ 1982, 841, 843 [4 Kinder zwischen 2 u 12 Jahren, die nach massiver Gewalt und Mißständen im Elternhaus in ein Heim gegeben worden waren, werden an Eltern zurückgegeben zwecks Ausreise in die Türkei, obwohl sie sich wehren: Daß die Kinder ihre Eltern im Heim „nicht allzusehr vermissen“, sei „nicht zuletzt auch in einer kindlichen Neugier und Aufgeschlossenheit für alles Neue zu suchen“]). Zu forsche Anmaßung von Sachkunde führt gelegentlich zur Aufhebung in der Rechtsbeschwerdeinstanz (BayObLG DAVorm 1986, 269, 273 [LG: häufige Umgebungswechsel unschädlich]; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931 [LG: Mitnahme eines Kleinkindes nach Pakistan grundsätzlich gefährlich]; krit zur Anmaßung richterlicher Sachkunde GOLDSTEIN ua III 153 f Fn 25).

Mit dem *Gebrauch fachwissenschaftlicher Kenntnisse* überschreiten die Vormund- **166** schaftrichter nicht ihre professionellen Grenzen (so aber GOLDSTEIN ua III 67; zur richterlichen Verantwortung gegenüber fachwissenschaftlichen Aussagen generell COESTER, Kindeswohl 421 ff; ders., 6. DFGT 35, 41 ff), müssen ihre Kenntnisse aber offen und nachprüfbar einsetzen (GOLDSTEIN ua III 65). Nicht zu jeder außerjuristischen Frage bedarf es eines Sachverständigengutachtens, und der Sachverständige sollte nicht zur Problemabschiebung mißbraucht werden (vor allem bezüglich Fragen, die auch die Expertenkompetenz übersteigen, wie etwa komplexe Entwicklungsprognosen, vgl. OLG Stuttgart NJW 1985, 67, 68; krit SCHÜTZ FamRZ 1986, 947; generell GOLDSTEIN ua III 53 ff). In der Praxis führen vertiefte Kenntnisse der Richter von der Entwicklung und den Bedürfnissen des Kindes jedoch eher zu einem geschärften Problembewußtsein, sie lassen noch klärungsbedürftige Fragen hervortreten und eröffnen die Möglichkeit, sich gezielt von Sachverständigen helfen zu lassen sowie auch deren Aussagen eigenverantwortlich zu kontrollieren (beispielhaft OLG Hamburg FamRZ 1983, 1271, 1272; AG Frankfurt FamRZ 1982, 1120). Umgekehrt verleitet mangelndes Eigenwissen oft zur kritiklosen Übernahme von Sachverständigengutachten (vgl. OLG Stuttgart NJW 1985, 67 f = JZ 1985, 848 ff m krit Anm WEGENER [zu dieser Entscheidung aber auch oben Rz 90, 92]; zur Kontrollfunktion der Gerichte unten Rz 168). So hat die zunehmende Sensibilisierung auch der Juristen für die kindlichen Kontinuitäts- und Bindungsbedürfnisse dazu geführt, daß bei Problemen in dieser Hinsicht Sachverständigengutachten weithin für unverzichtbar gehalten werden (OLG Frankfurt FamRZ 1981, 308, 309; OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811, 813; BayObLG FamRZ 1981, 814, 817; DAVorm 1986, 269, 273; AG Moers ZfJ 1986, 113 ff [3 Gutachten in besonders schwierigem Fall]). Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Vormundschaftrichter wissenschaftlich belegte, allgemeine Gefährdungstendenzen im Einzelfall für nicht

wesentlich hält (BayObLG DAVorm 1986 aaO) oder ein bereits vorliegendes Gutachten vom überwiegenden wissenschaftlichen Meinungsstand abweicht (OLG Oldenburg aaO).

- 167** Im übrigen ist ein **weiteres Gutachten** nur in besonderen Fällen einzuholen. Ein Gutachten genügt, wenn Anhaltspunkte dafür fehlen, daß es unrichtig ist, und wenn andere Gutachter nicht über überlegene Forschungsmittel verfügen (BayObLGZ 1982, 309, 315; FamRZ 1982, 958, 960 f; FamRZ 1984, 929, 930; FamRZ 1984, 1259, 1262; ZfJ 1984, 361, 363; ZfJ 1990, 313, 315; AG Moers ZfJ 1986, 113, 115 f). Ausnahmsweise kann ein weiteres Gutachten erforderlich sein, wenn zB besonders schwierige Fragen betroffen sind (BayObLG FamRZ 1981, 814, 817; OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811, 813; AG Moers aaO), wenn die Sachkunde des Erstgutachters zweifelhaft ist oder sein Gutachten an groben Mängeln oder Widersprüchen leidet (BGH MDR 1953, 605) bzw nicht konsensgetragene Auffassungen vertritt (OLG Oldenburg aaO; BayObLG DAVorm 1986, 269, 273; zum ganzen BayObLG EzFamR § 1666 Nr 4).
- 168** Ein vorgelegtes Gutachten hat der Richter **kritisch zu würdigen** (ausf COESTER, Kindeswohl 453 ff). Gegenstand der Überprüfung sind zutreffende tatsächliche Grundlagen, logische Schlüssigkeit, Tragfähigkeit der wissenschaftlichen Erkenntnisse sowie der eingesetzten Erkenntnismethoden im allgemeinen und der Schlußfolgerungen des Gutachters im besonderen (BayObLG EzFamR Nr 4 [S 4 f]; FamRZ 1982, 638, 639; DAVorm 1981, 216, 222; zu projektiven Tests AG Frankfurt FamRZ 1982, 365, 366; zur Gefahr subjektiver Werturteile auch bei Sachverständigen s COESTER aaO; GOLDSTEIN ua III 32 ff, 53). Zwar liegt die Würdigung des Gutachtens auf tatsächlichem Gebiet; ob aber der Tatrichter die notwendige Kritik überhaupt hat walten lassen, ist eine auch vom Rechtsbeschwerdegericht überprüfbare Rechtsfrage. Sie ist zu verneinen, wenn schwerwiegende Mängel des Gutachtens nicht erkannt worden sind (OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811, 813; BayObLG FamRZ 1982, 638 f [Sachverständiger empfiehlt Ganztagsunterbringung im psychotherapeutischen Heim, übersieht dabei Kontinuitätsprobleme des 5½-jährigen Kindes und die Möglichkeit der Behandlung in heilpädagogischer Tagesstätte – vom LG kritiklos übernommen]).

Ziel der Überprüfung ist die Bildung einer eigenen Stellungnahme des Richters. Die Beschlußbegründung muß erkennen lassen, warum dem Gutachten zu folgen ist. Besonderer Begründung bedarf es bei einem Abweichen vom Gutachtenvorschlag: Der Richter muß genügende eigene Sachkunde und sachliche, wohl erwogene Gründe für seine abweichende Auffassung darlegen (BayObLG DAVorm 1985, 701, 705; DAVorm 1981, 216, 220).

169 e) Beschlüsse

Der vormundschaftsgerichtliche Beschluß ist **grundsätzlich zu begründen**. Dabei müssen die tatsächlichen Umstände dargelegt werden, auf denen der Beschluß aufbaut, sowie die wesentlichen Gründe für die Entscheidung. Dabei ist auf den konkreten Fall einzugehen, die bloße umschreibende Wiedergabe der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale genügt nicht (BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1180). Sind wesentliche Umstände des Einzelfalls in der Begründung nicht berücksichtigt, liegt hierin ein zur Aufhebung führender Rechtsfehler (BayObLG FamRZ 1982, 634, 636).

Der Beschluß ist den Beteiligten **bekanntzumachen** und wird mit der Bekanntgabe **wirksam** (§ 16 FGG). Formelle Rechtskraft tritt nach Entscheidung durch das Rechtsbeschwerdegericht ein (nicht vorher, da einfache, unbefristete Beschwerde möglich), materielle Rechtskraft kommt nicht in Betracht. Statt dessen ist die

vormundschaftsgerichtliche Regelung von Amts wegen regelmäßig zu **überprüfen** und ggf zu ändern oder aufzuheben, § 1696 (s Erl dort).

f) Vollzug

170

Der **Vollzug des Beschlusses** richtet sich nach § 33 FGG. Nicht vollzugsfähig sind alle Anordnungen, die Gestaltungswirkung haben, wie die Entziehung der Ausübung einzelner Bestandteile des Sorgerechts oder die Ersetzung von Erklärungen gem Abs 2. Doch können Anordnungen dieser Art insoweit vollzogen werden, als in ihnen ein Verbot, bestimmte Handlungen vorzunehmen oder hinsichtlich eines bestimmten Bereichs tätig zu werden, enthalten ist. § 33 FGG ist anzuwenden, wenn die gebotene Handlung oder Unterlassung ausschließlich vom Willen des betroffenen Elternteils abhängt. Zwangsmaßnahmen scheiden demnach aus, wenn dem Vollzug des vormundschaftsgerichtlichen Ge- oder Verbots unüberwindbare Hindernisse entgegenstehen oder wenn die Ausführung praktisch in den Händen eines Dritten liegt. Zur Durchsetzung der Ge- oder Verbote kann das VormG eine Ordnungsstrafe verhängen. Diese ist jedoch nur ein Beugemittel, das ausschließlich dem Zweck dient, die Befolgung der gerichtlichen Anordnung zu erzwingen; sie ist keine Strafe für begangenes Unrecht. Bevor eine Ordnungsstrafe festgesetzt wird, muß sie angedroht werden (§ 33 Abs 3 FGG). Diese Androhung kann jedoch schon zugleich mit der Anordnung einer Maßnahme nach § 1666 ausgesprochen werden.

Auf Grund besonderer Verfügung darf als äußerstes Mittel auch **Gewalt** (Polizei, 171 Gerichtsvollzieher) eingesetzt werden, § 33 Abs 2 FGG (BGHZ 67, 255, 262; OLG Stuttgart DAVorm 1982, 995 f; zur Problematik ausf WIESER FamRZ 1990, 693 ff). Dabei ist strikt zu beachten, daß auch Vollzugsmaßnahmen unter der **Herrschaft des Kindeswohlprinzips** stehen, die kindesschützende Zielsetzung der Entscheidungen nach § 1666 also nicht konterkarieren dürfen (s Rz 153). Dies gilt besonders für **Gewaltanwendung gegen das Kind** selbst. Während letztere nach der überwiegen- den Literatuffassung überhaupt unzulässig ist (GERNHUBER § 49 IV 2; JANSEN FGG § 33 Rz 19, 49; MünchKomm-HINZ § 1632 Rz 31; PALANDT-DIEDERICHSEN § 1632 Rz 17; GROPP DRiZ 1979, 119; LEMPP FamRZ 1986, 1061; MÜNDEr ZfJ 1988, 10, 13), soll sie nach auch in der Rechtsprechung vertretener Ansicht grundsätzlich zulässig sein (BayObLGZ 1974, 317, 318; FamRZ 1984, 1259, 1262; KNÖPFEL FamRZ 1985, 1211, 1215). Allerdings ist auch nach dieser Auffassung stets zu prüfen, ob nicht gerade der Zwang dem Wohl und den Grundrechten des Kindes zuwiderläuft (BayObLG aaO; aA KNÖPFEL 1216).

Gewaltanwendung führt in grundrechtssensible Bereiche. **Art 20 GG** wurde zur 172 Begründung herangezogen, daß auf der Vollzugebene nochmals gesondert der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu beachten ist: Besteht zB bei Vollzug einer Herausgabeanordnung gegen die Pflegeeltern ernsthafte Selbstmordgefahr des Kindes, wäre zwangsweiser Vollzug kindeswohlwidrig und unverhältnismäßig (BayObLG FamRZ 1985, 737, 739, nach grundsätzlicher Herausgabeanordnung FamRZ 1984, 1259, 1262 f; krit KNÖPFEL FamRZ 1985, 1211, 1216; dagegen wiederum zutr LEMPP FamRZ 1986, 1061, 1063; WIESER FamRZ 1990, 693, 697 f). **Art 2 GG** verbietet, den festgefügtten Willen älterer Kinder (etwa ab 10., spätestens ab 14. Lebensjahr) mit Gewalt zu brechen (BGH FamRZ 1975, 273, 276; BayObLGZ 1974, 317; DAVorm 1983, 78, 82; FamRZ 1984, 932, 933; FamRZ 1985, 737). Und schließlich würde es gegen **Art 1 GG** verstoßen, wenn der Widerstand des Kindes durch psychiatrische Zwangsbehandlung überwunden würde (BayObLG FamRZ 1985, 737, 739 [15½-jähriges Mädchen; das LG hatte als die herausgabebereitende Maßnahme die Unterbringung in einem Nervenkrankenhaus angeordnet]; zust LEMPP FamRZ 1986, 1061, 1063). Wer hierin eine „wirksame

Hilfe für gestörte Menschen“, den legitimen Abbau kindlicher Trotzhaltung sieht (so SCHÜTZ FamRZ 1986, 528, 529 f; ähnl KNÖPFEL FamRZ 1985, 1211, 1216), muß sich nach seinem Verhältnis zur Wertordnung des Grundgesetzes fragen lassen (bemerkenswert ein Blick nach England: Dort wird die Verbringung von Kindern in ihr Heimatland gegen ihren Willen strafrechtlich als Freiheitsberaubung verfolgt, BROMLEY, Family Law [7. Aufl 1987] 271 mwN). Der Grundsatz „fiat iustitia, et pereat infans“ kann in derartigen Fällen auch nicht mit dem „Ansehen der Justiz“ gerechtfertigt werden, das durch die Nichtvollziehbarkeit der Anordnung leide (KNÖPFEL aaO; das Gegenteil ist richtig), oder mit dem Aspekt der Generalprävention (verbreitete eigenmächtige Lösung der Kinder von ihren Eltern, KNÖPFEL aaO). Richtig ist nur, daß hier eine Kollision von Kindesgrundrechten und verfassungsrechtlichem Elternrecht in Wirklichkeit nicht vorliegt – nicht, weil es ein Kindesrecht im Gegensatz zum Elternrecht nicht gäbe (so KNÖPFEL 1213; ähnl SCHÜTZ FamRZ 1987, 438, 439), sondern weil das Elternrecht auf Grund seiner Pflichtgebundenheit und weitgehenden Fremdnützigkeit per definitionem nicht in Gegensatz zu objektiv erkennbaren, schwerwiegenden Kindesinteressen treten kann (BVerfG FamRZ 1986, 871, 874; FamRZ 1986, 1079).

- 173 Scheitert der Vollzug von Herausgabeanordnungen an die Eltern aus vorstehenden Gründen, muß die sorgerechtliche Lage den Fakten angepaßt werden, dh die wesentlichen Erziehungskompetenzen sind auf einen Pfleger oder Vormund zu übertragen (vgl Rz 133).

3. Rechtsmittel

174 a) Einfache Beschwerde

Gegen die Entscheidung des VormG (auch vorläufige Anordnungen) findet die **einfache (unbefristete) Beschwerde an das LG** statt, § 19 FGG. Die Beschwerdeberechtigung folgt aus §§ 20, 57, 59 FGG. Beschwerdeberechtigt sind demnach vor allem die Eltern (jedoch nicht mehr, wenn ihnen das Personensorgerecht bereits entzogen worden ist, BGH FamRZ 1956, 379; OLG Hamm FamRZ 1973, 318 [auch nicht aus § 57 Abs 1 Nr 9 FGG]; anders bei vorläufiger Entziehung des Personensorgerechts OLG Köln FamRZ 1972, 218; vgl aber auch oben Rz 147; nach Ehelicherklärung behält die Mutter ein Beschwerderecht, OLG Stuttgart FamRZ 1962, 207, 208) sowie gem § 59 FGG das über 14jährige Kind (auch gegen die Ablehnung einer vom Kind angeregten Maßnahme, oben Rz 155). Verwandte und Verschwägte des Kindes können bei Ablehnung oder Aufhebung einer Maßnahme nach § 57 Abs 1 Nr 8 Beschwerde einlegen (vgl BayObLG DAVorm 1982, 359, 361 f), bei Erlaß einer Maßnahme gem § 57 Abs 1 Nr 9 (LG Mannheim ZBJJugR 1960, 215). Aus der letztgenannten Vorschrift folgen Beschwerderechte vor allem auch der Pflegeeltern (BayObLG FamRZ 1977, 473, 474; FamRZ 1976, 163, 165) sowie des Jugendamts (und anderer interessierter Behörden, BGH LM Nr 1 zu § 57 FGG, BayObLG DAVorm 1982, 611, 613; FamRZ 1984, 199 [LS]). Die Beschwerde ist in diesen Fällen zwar in eigenem Namen, aber im Interesse des Kindes einzulegen; allerdings ist es zulässig, daß eigene Belange mitverfolgt werden (BayObLGZ 1933, 345). Der Beschwerdeführer muß ein berechtigtes Interesse haben, gerade die Angelegenheit wahrzunehmen, die Gegenstand der angefochtenen Entscheidung ist. Es genügt also nicht, daß das berechtigte Interesse sich nur allgemein auf die Personensorge erstreckt. Fehlt die Beschwerdeberechtigung, so ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen, nicht als unbegründet zurückzuweisen. Das gilt auch, wenn sich die Hauptsache vor Eingang der Beschwerde erledigt hat (zB durch Vollzug der angegriffenen Entscheidung, BayObLG FamRZ 1990, 1379, 1381).

Zu ihrer Zulässigkeit bedarf die Beschwerde keiner Begründung. Wird eine Beschwerdebegründung angekündigt, so darf erst entschieden werden, wenn diese eingegangen oder eine vom Gericht gesetzte Frist verstrichen ist.

In der Funktion als Beschwerdegericht tritt das **LG als Tatsacheninstanz** voll an die **175** Stelle des VormG, es überprüft den gesamten Sachverhalt eigenverantwortlich neu (BGH NJW 1954, 554; BayObLG FamRZ 1980, 1150 f; FamRZ 1981, 814, 816; FamRZ 1985, 635, 636). Es ist dabei allerdings auf die Fragen beschränkt, die den Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens und der Beschwerde bilden. Zur Verpflichtung, ggf. ein (weiteres) Sachverständigengutachten einzuholen, vgl. Rz 163 ff, 167. Die Anhörungspflichten gelten für das LG grundsätzlich gleichermaßen (**Kind**: BayObLG FamRZ 1984, 928, 929; FamRZ 1984, 932, 934; DAVorm 1986, 269, 272; **Eltern**: BayObLG DAVorm 1986, 269, 272; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931, 932; **Jugendamt**: BayObLG ZBlJugR 1981, 272, 276). Keine Ausnahme gilt für die Beschwerde gegen eine vorläufige Anordnung des VormG (BayObLG FamRZ 1980, 1150, 1151 f; FamRZ 1984, 933, 934; **aA** LG Berlin DAVorm 1980, 143, 146). Die Anhörung durch den Berichterstatter als beauftragten Richter genügt, wenn dieser bei der Beschlußfassung der Kammer mitwirkt (BayObLG FamRZ 1975, 279; 1976, 43, 47; ZBlJugR 1981, 272, 275; DAVorm 1982, 359, 363; DAVorm 1982, 611, 614; BayObLGZ 1983, 231, 234; DAVorm 1984, 1048, 1053; ZfJ 1984, 1048, 1053; ZfJ 1985, 36, 37; FamRZ 1986, 102, 103; anders für die förmliche Beweisaufnahme: OLG Stuttgart MDR 1980, 1030, 1031). Dabei kann die Kammer auch dessen persönlichen Eindruck mitverwerten. Ist dieser jedoch für die Entscheidungsfindung von zentraler Bedeutung, muß die Anhörung vor der vollbesetzten Kammer stattfinden (BGH NJW 1985, 1702, 1705 [zu § 1671]).

Die erneute Anhörung kann unterbleiben, wenn eine der schon für das VormG beachtlichen Ausnahmen eingreift (Rz 161), ferner dann, wenn (1) kein wesentlicher Zeitablauf seit der erstinstanzlichen Anhörung vorliegt, (2) keine neuen Tatsachen vorgetragen oder erkennbar sind und (3) keine Änderung der rechtlichen Gesichtspunkte eingetreten ist (zB BayObLG DAVorm 1986, 269, 272; FamRZ 1984, 929, 930; FamRZ 1984, 933, 934; OLG Frankfurt FamRZ 1982, 430). Liegt auch nur eine dieser Voraussetzungen nicht vor, bedeutet die Nichtanhörung durch das LG einen zur Aufhebung in der Rechtsbeschwerdeinstanz führenden Ermittlungsfehler (zB BayObLG FamRZ 1985, 100, 101 [neue Tatsachen]). Einer erneuten Anhörung bedarf es insbes. wenn es auf den persönlichen Eindruck von den Beteiligten besonders ankommt und das LG von der Entscheidung des VormG abweichen will (BayObLG DAVorm 1986, 269, 272 f).

Ein Absehen von erneuter Anhörung nach den vorgenannten Grundsätzen setzt aber voraus, daß die wesentlichen Inhalte der erstinstanzlichen Anhörung in einem Protokoll oder Aktenvermerk niedergelegt sind – andernfalls fehlen dem LG wesentliche Entscheidungsgrundlagen (BayObLG FamRZ 1982, 634, 637; FamRZ 1980, 1150, 1151 f).

b) Weitere Beschwerde

176

Gegen die Beschwerdeentscheidung des LG ist die **weitere Beschwerde** statthaft, §§ 27 ff, 63 FGG. Die Beschwerdeberechtigung eines Beteiligten folgt dabei bereits aus der sachlichen Zurückweisung seiner Erstbeschwerde (BGHZ 31, 92, 95; BayObLG DAVorm 1982, 359, 360). Die weitere Beschwerde ist **Rechtsbeschwerde**, der Überprüfung unterliegen grundsätzlich also nur Rechtsfragen. Diese umfassen die volle Nachprüfung der unbestimmten Rechtsbegriffe im Tatbestand des § 1666, der Beachtung der Ermittlungs- und Anhörungspflichten sowie etwaiger

Verstöße gegen die Denkgesetze bei Bewertung der festgestellten Tatsachen. Neue Tatsachen können grundsätzlich nicht berücksichtigt werden (zur Problematik Rz 153); eine Ausnahme gilt, wenn die angeführten neuen Tatsachen als Restitutionsgründe entspr §§ 580 ff ZPO geltend gemacht werden könnten (OLG Karlsruhe FamRZ 1977, 148 f).

177 4. Vorläufige Anordnungen

Besteht ein dringendes Bedürfnis für ein unverzügliches Einschreiten des VormG, so daß eine Hauptentscheidung gem § 1666 nicht ohne zusätzliche Gefährdung des Kindes abgewartet werden kann, ist der Kindesschutz durch **vorläufige Anordnung** sicherzustellen (zB BayObLG FamRZ 1990, 1379, 1381; 1988, 748, 749; DAVorm 1985, 914, 915 f; DAVorm 1983, 381, 385; OLG Hamm DAVorm 1986, 540; FamRZ 1972, 520; KG FamRZ 1971, 267; LG Berlin DAVorm 1980, 143, 145). Als typische Anwendungsfälle begegnen in der Rechtsprechung

(1) die *Herausnahme des Kindes aus der Familie* bei Indizien für eine schwerwiegende Gefährdung (BayObLG FamRZ 1989, 421, 422) oder zur schnellen Sicherung einer dauerhaften Plazierung des Kindes, wenn die Eltern offensichtlich ungeeignet sind (KG FamRZ 1981, 590, 592; vgl auch BVerfG FamRZ 1982, 567);

(2) die *Abwehr elterlicher Herausgabeansprüche*, wenn sich das Kind schon bei Dritten befindet und Anhaltspunkte bestehen, daß das Kind bei den Eltern gefährdet wäre (AG und LG Hanau DAVorm 1976/77, 513, 515 [nicht erst Herausgabe mit anschl Prüfung, ob dies für das Kind tragbar ist]);

(3) die *Erhaltung des status quo bei Herausgabestreiten im Rechtsmittelzug*, um häufige Plazierungswechsel des Kindes zu vermeiden – dies geschieht insbes, wenn der Vollzug einer vorinstanzlichen Entscheidung verhindert werden soll, von der das höhere Gericht voraussichtlich abweichen wird (BayObLG DAVorm 1985, 701, 702; DAVorm 1985, 817 ff; FamRZ 1985, 737; FamRZ 1981, 814, 816; s Rz 98).

Das Maßnahmespektrum ist bei vorläufigen Anordnungen dasselbe wie bei Hauptentscheidungen, notfalls kann die gesamte Personensorge entzogen werden (BayObLG FamRZ 1989, 421, 422).

178 Es genügt, daß die **Voraussetzungen** für eine vorläufige Anordnung **glaubhaft gemacht** sind. Einer erschöpfenden Sachverhaltsaufklärung bedarf es nicht, der Umfang der Ermittlungen steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts (BayObLG FamRZ 1989, 421, 423; FamRZ 1988, 748, 749; DAVorm 1983, 381, 385). Dabei kann hier auch der Bericht des Jugendamts genügen (anders bei der Hauptentscheidung, Rz 156). Allerdings muß sich die Glaubhaftmachung auf kindesgefährdende *Tatsachen* beziehen, nicht ausreichend sind bloße Behauptungen, Vermutungen oder Werturteile (BayObLG DAVorm 1983, 381, 385; FamRZ 1980, 1064, 1065; OLG Hamm DAVorm 1986, 540, 543 f). Die vorgeschriebenen Anhörungen sind grundsätzlich durchzuführen; wird wegen Gefahr im Verzuge von ihnen zunächst abgesehen, sind sie unverzüglich nachzuholen (§ 50 a Abs 3 S 2, 50 b Abs 3 S 2 FGG; BayObLG FamRZ 1985, 100; DAVorm 1985, 914, 915), notfalls und spätestens durch das Beschwerdegericht (BayObLG FamRZ 1985, 635, 636).

179 Die **Geltungsdauer** einer vorläufigen Anordnung ist grundsätzlich nicht begrenzt. Allerdings handelt es sich nicht um ein selbständiges Verfahren, vorläufige Anordnungen sind nur in Vorbereitung und im Rahmen eines Hauptverfahrens zulässig, das auf eine endgültige Gestaltung abzielt (OLG Hamm FamRZ 1972, 520). Ist ein solches Hauptverfahren nicht absehbar oder ruht es, so kann hieraus die fehlende Dringlichkeit zu folgern sein – die vorläufige Anordnung ist dann aufzuheben

(MünchKomm-HINZ Rz 68; SOERGEL-STRÄTZ Rz 57). Nach OLG Braunschweig (OLGZ 1966, 83, 84f) soll dies noch nicht geboten sein, wenn das Hauptverfahren bereits 2 Jahre andauert. Diese Praxis gibt zu Bedenken Anlaß – oft laufen allein die Rechtsmittelverfahren hinsichtlich der vorläufigen Anordnung über viele Monate oder über 1 Jahr, ohne daß von einem eingeleiteten Hauptverfahren die Rede wäre (vgl BayObLG FamRZ 1984, 929 ff; FamRZ 1984, 933 ff). Insbes wenn Eltern und Kinder getrennt werden oder getrennt bleiben sollen, schaffen vorläufige Anordnungen im Hinblick auf den Kontinuitätsgrundsatz (Rz 95) so oft vollendete Tatsachen. Zu Recht wird deshalb einer Tendenz entgegengetreten, vorläufige Anordnungen gewissermaßen als „summarisches Verfahren“ in scheinbar eindeutigen Fällen zur de facto endgültigen Gestaltung einzusetzen (OLG Hamm DAVorm 1986, 540; LG Freiburg FamRZ 1985, 95).

Erght hingegen eine endgültige Entscheidung im Hauptverfahren, so wird die vorläufige Anordnung von selbst hinfällig, ein Rechtsmittel gegen sie wird unzulässig (BayObLG DAVorm 1985, 335, 337; OLG Hamm FamRZ 1972, 520, 521).

5. Kosten

180

Die Gerichtskosten folgen aus § 94 Abs 1 Nr 3 KostO. Die volle Gebühr fällt an für jede gesonderte Anordnung, nicht jedoch bei Ablehnung vormundschaftsgerichtlicher Maßnahmen (BayObLGZ 1961, 173) oder bei vorläufigen Anordnungen. Zahlungspflichtig ist der Elternteil, den das Gericht nach billigem Ermessen bestimmt, § 94 Abs 3 S 2 KostO. Im Beschwerdeverfahren ist bei Zurückweisung der Beschwerde nach § 13a Abs 1 S 2 FGG zu entscheiden; Rechtsmittel des Kindes oder im Kindesinteresse sind gebührenfrei, § 131 Abs 3 KostO. Die Kosten, die durch die angeordneten Maßnahmen entstehen, sind vom Unterhaltspflichtigen zu tragen, werden in der Praxis jedoch regelmäßig durch Sozialleistungen aufgebracht (vgl noch § 1666 a Rz 14).

VII. Auslandsbezüge

1. Internationale Zuständigkeit

181

Die internationale Zuständigkeit ist bei Fällen mit Auslandsbezug in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen (BGHZ 60, 68, 70 f; BayObLG IPRax 1984, 96). Die allgemeinen Regelungen in §§ 43, 35a FGG sind, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, durch die Sonderregelung des **Art 1 des Haager Minderjährigenschutzabkommens** (MSA) verdrängt (s Kommentierung in Vorbem 252 ff zu Art 18 EGBGB [KROPHOLLER]; vgl auch oben Rz 54). Dasselbe gilt bei nur schlichtem Inlandsaufenthalt für Eilmaßnahmen, **Art 9 MSA**. Maßnahmen nach § 1666 sind stets „Schutzmaßnahmen“ iS dieses Abkommens; die Zuständigkeit des VormG als Aufenthaltsgericht ist im übrigen gegeben, wenn die zu schützende Person sowohl nach deutschem wie nach ihrem Heimatrecht als minderjährig anzusehen ist (Art 12 MSA, also auch keine Intervention nach § 1666 bei Minderjährigen, die nach ihrem Heimatrecht emanzipiert oder – durch Heirat – mündig geworden sind, Vorbem 710–717 zu Art 18 EGBGB). Unerheblich ist, ob auch der Heimatstaat des Kindes Vertragsstaat des MSA ist (Rz 54).

Der in Art 1 MSA enthaltene Vorbehalt zugunsten des Art 3 MSA berührt nach heute ganz überwiegender Auffassung nicht die internationale Zuständigkeit deutscher Aufenthaltsgerichte: Art 3 MSA gebietet nach der im Vordringen begriffenen *Anerkennungstheorie* lediglich, bei den Schutzmaßnahmen nach Aufenthaltsrecht

gesetzliche Gewaltverhältnisse nach Heimatrecht zu beachten (dazu Vorbem 351 ff zu Art 18 EGBGB; SIEHR in: BÖHMER-SIEHR, Das gesamte Familienrecht Bd 2, Art 1 MSA Rz 105–109, Art 8 Rz 11; WENGLER IPRax 1985, 334); auch die *Heimatrechtstheorie* erlaubt Tätigwerden der Aufenthaltsgerichte (Vorbem 356, 357 zu Art 18 EGBGB). Die *Schrankentheorie*, die in Art 3 MSA eine Grenze der nach Art 1 MSA begründeten internationalen Zuständigkeit sieht, hat sich praktisch nicht durchgesetzt. Darüber hinaus ist zu beachten, daß sich bei Eingriffen nach § 1666 regelmäßig auch eine alternative Zuständigkeit aus **Art 8 MSA** („*ernstliche Kindesgefährdung*“) ableiten läßt, bei der Art 3 von vornherein nicht zu beachten ist (so verbreitet die Gerichtspraxis, BGH NJW 1973, 417; BayObLG ZfJ 1990, 363, 364; KG FamRZ 1985, 97; FamRZ 1986, 1245 f; OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1258; OLG Nürnberg FamRZ 1981, 707 [LS]; OLG Oldenburg FamRZ 1981, 811, 812; wN in Vorbem 646 zu Art 18 EGBGB [m krit Stellungnahme KROPHOLLER Rz 409, 483]; widersprüchlich LG Berlin FamRZ 1983, 943, 944 [Beachtung des Art 3 MSA im Rahmen von Art 8 MSA]).

Bei *vorläufigen Anordnungen* besteht darüber hinaus die Eilzuständigkeit nach Art 9 MSA (Vorbem 646 zu Art 18 EGBGB): Auch für diese gilt der Vorbehalt des Art 3 MSA nicht.

- 182** Die demnach grundsätzlich gegebene internationale Zuständigkeit der deutschen Aufenthaltsgerichte entfällt nicht automatisch, wenn während des Verfahrens der Kindesaufenthalt ins Ausland verlegt wird (näher Vorbem 345 ff zu Art 18 EGBGB). Bei **Kindesentführungen** ist bei Anwendung des **Haager KindesEÜ** oder des **EuKindesEÜ** ausschließlich das **FamG** zuständig (zu diesen Abkommen aus § 1671 Rz 228 ff). Neben dem EuKindesEÜ oder mangels Anwendbarkeit beider Entführungsabkommen bleibt das MSA maßgeblich. Insoweit gilt: Bei Entführungen in einen *Nichtvertragsstaat* besteht perpetuatio fori gem Art 5 Abs 3 EGBGB. Bei Entführungen in einen *Vertragsstaat* ist Art 5 MSA zu beachten (zum Problem ie Vorbem 346–348, 593–607 zu Art 18 EGBGB). Bei Entführungen *in die Bundesrepublik* oder rechtswidrigem Behalten nach Ausübung des Besuchsrechts ist entsprechende Zurückhaltung bei der Bejahung eines hier begründeten gewöhnlichen Aufenthalts iSd Art 1 MSA geboten (OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 819). Liegt nur schlichter Aufenthalt des Kindes im Inland vor und liegt sein gewöhnlicher Aufenthalt in einem Vertragsstaat, können für *deutsche Kinder* gem Art 4 MSA (für Doppelstaater Art 14 MSA analog, nicht Art 5 Abs 1 EGBGB) Maßnahmen getroffen werden, für *alle Kinder* in Eilfällen gem Art 9 MSA. Ist der Staat des gewöhnlichen Aufenthalts kein Vertragsstaat, ist das MSA nicht anwendbar (Art 13 Abs 1 MSA), für die internationale Zuständigkeit gelten §§ 43, 35a FG (zu Kindesentführungen auch BÖHMER-SIEHR Art 1 MSA Rz 8–11).

183 2. Anzuwendendes Recht

Zwar unterliegt das Eltern-Kind-Verhältnis im allgemeinen jedenfalls dann ausländischem Recht, wenn alle Familienmitglieder dieselbe ausländische Staatsangehörigkeit haben (entweder über Art 19 Abs 2 EGBGB oder Art 3 MSA, dazu KROPHOLLER IPRax 1988, 285 ff; PALANDT-HELDTRICH Anhang zu Art 24 EGBGB Rz 20). Vormundschaftsgerichtliche Schutzmaßnahmen (für eheliche wie nichteheliche Kinder) erfolgen jedoch nach **deutschem Recht**, wenn die Gerichte auf Grund des MSA international zuständig sind (**Art 2, 8, 9 MSA**; vgl Rz 54), ggf unter Beachtung des Heimatrechts des Kindes (Art 3 MSA, vgl Rz 181, vgl auch Rz 123 zur Berücksichtigung des Heimatrechts auf sachrechtlicher Ebene).

Außerhalb des MSA gilt **autonomes deutsches IPR**. Beim *ehelichen Kind* ist primär das Recht maßgeblich, das für die allgemeinen Wirkungen der Elternnehe anzuwenden ist, Art 19 Abs 2 S 1, 14 Abs 1 EGBGB (hM; nach **aA** soll aus Art 3 MSA die generelle Maßgeblichkeit des Heimatrechts des Kindes folgen, vgl SIEHR IPRax 1987, 302 ff; RAUSCHER IPRax 1987, 128 ff). Alternativ können Schutzmaßnahmen aber auch nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes getroffen werden, Art 19 Abs 3 EGBGB (dasselbe gilt stets beim ehelichen Kind ohne bestehende Elternnehe, Art 19 Abs 2 S 2 EGBGB).

Für das *nichteheliche Kind* ist gem Art 20 Abs 2 EGBGB stets das Recht des Staates anzuwenden, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

3. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schutzmaßnahmen

184

Handelt es sich um die Maßnahme eines Vertragsstaats zum MSA, gebietet Art 7 S 1 MSA die **Anerkennung** in allen anderen Vertragsstaaten, wenn die ausländische Maßnahme auf der Grundlage des MSA getroffen worden ist. Ein Verstoß gegen den deutschen ordre public entbindet von dieser Pflicht, Art 16 MSA. Für die **Vollstreckung** jedoch enthält das MSA keine eigenen Vorschriften, es verweist auf deutsches autonomes Recht oder andere zwischenstaatliche Übereinkünfte (Art 7 S 2 MSA; zur Nichtanwendbarkeit des EuGVÜ insoweit und zu bilateralen Abkommen s Vorbem 629 ff zu Art 18 EGBGB, Art 19 EGBGB Rz 304 ff; BÖHMER-SIEHR Art 7 MSA Rz 38 ff).

Für die Vollstreckung generell und für die Anerkennung von Maßnahmen der Gerichte von Nichtvertragsstaaten des MSA ist also *autonomes deutsches Recht* anzuwenden. Für Urteile der streitigen Gerichtsbarkeit gelten also §§ 722, 723 Abs 2, 328 ZPO. Für Maßnahmen aus dem Bereich der FG (Begriffsbestimmung aus deutscher Sicht) gilt der allgemeine, in analoger Anwendung des § 328 ZPO entwickelte Grundsatz, daß eine *Anerkennung* zu erfolgen hat, sofern das ausländische Gericht aus deutscher Sicht international zuständig war und ein Verstoß gegen den deutschen ordre public nicht vorliegt (BGH IPRax 1984, 323, 326; NJW 1980, 529; NJW 1977, 150; Einzelheiten Art 19 EGBGB Rz 339 ff; BÖHMER-SIEHR Art 7 MSA Rz 52–54). Die *Vollstreckung* ausländischer Schutzmaßnahmen erfolgt stets nach deutschem Recht – so richtet sich zB die Herausgabevollstreckung nach § 33 FGG (über die Anerkennung kann als Vorfrage mitentschieden werden, BGH NJW 1977, 150; Vorbem 370 ff zu Art 18 EGBGB; zur Vollstreckung nach § 33 FGG oben Rz 170–173).

§ 1666 a

Maßnahmen, mit denen eine Trennung des Kindes von der elterlichen Familie verbunden ist, sind nur zulässig, wenn der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen, begegnet werden kann.

Die gesamte Personensorge darf nur entzogen werden, wenn andere Maßnahmen erfolglos geblieben sind oder wenn anzunehmen ist, daß sie zur Abwendung der Gefahr nicht ausreichen.

SorgeRG Art 1 Nr 16.

Schrifttum

S Angaben zu § 1666.

Systematische Übersicht**I. Allgemeines 1**

1. Normbedeutung 1
2. Normstruktur und -geltungsbereich 3
3. Grundproblematik 4

II. Trennung des Kindes von der Familie,**Abs 1 7**

1. Trennung 7

2. Elterliche Familie 8

3. Vorrang milderer Maßnahmen im allgemeinen 9

4. „Öffentliche Hilfen“ insbes 10

5. Entbehrlichkeit unterstützender Maßnahmen 15

6. Vorläufige Anordnungen 16

III. Entziehung der Personensorge, Abs 2 17**Alphabetische Übersicht**

S § 1666

I. Allgemeines**1 1. Normbedeutung**

§ 1666 a ist eine unselbständige, auf § 1666 aufbauende Norm, die besonders einschneidende Maßnahmen des VormG, dh Trennung von Kind und Eltern sowie Entzug der gesamten Personensorge für subsidiär gegenüber einem familienstützenden Interventionsansatz oder milderen Eingriffen erklärt (§ 1666 Rz 3). § 1666 a ist deshalb eine Konkretisierung des Grundsatzes der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit, der aus verfassungsrechtlichen Gründen für jegliche Maßnahme nach § 1666 gilt (§ 1666 Rz 134 ff; insbes BVerfGE 24, 119, 145; 60, 79, 89; FamRZ 1989, 145, 146; ERICHSEN-REUTER 58 f, 77). Die Vorschrift ist deshalb verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (BVerfG NJW 1982, 1379), hat aber primär nur verdeutlichen- und ermahnenden Charakter; vereinzelt wurde sie als eigentlich überflüssig eingestuft (BOSCH FamRZ 1980, 739, 740; GERNHUBER § 49 VIII 6; vgl BT-Drucks 8/2788 S 31, 60 [Minderheit im Rechtsausschuß]; ERICHSEN-REUTER 61, 77). Für SIMITIS liegt eine wesentliche Normfunktion darin, die interventionistische Tendenz des Kindeswohlprinzips in § 1666 in erträglichen Grenzen zu halten (in: FS Müller-Freienfels [1986] 579, 609). Während jedoch § 1666 a auch insoweit wohl nur verfassungsrechtlich Gebotenes nachzeichnet, kann eine eigenständige Bedeutung der Norm darin gesehen werden, daß der Gesetzgeber hier erstmalig eine Verschränkung vormundschaftsgerichtlicher Kindesschutzmaßnahmen mit dem System öffentlicher und privater Sozialleistungen zugunsten der Familie ausdrücklich anerkennt und eine gewisse Beziehung herstellt (SIMITIS in: GOLDSTEIN ua II 178 f; SALGO, Pflegekindschaft 93 mwN; RÜNZ 111 ff; s iü Rz 13). Die Abkehr von einem sanktionierenden Staatseingriff bei elterlichem Fehlverhalten zugunsten eines auf Unterstützung, Förderung und Rehabilitation der Problemfamilie gerichteten Interventionsansatzes stellt nicht nur Harmonie her zwischen Art 6 Abs 1 und 6 Abs 2 GG, sondern trägt auch der gewachsenen Erkenntnis Rechnung, daß dem Kind am besten *in* der Familie und nicht *gegen* sie geholfen werden kann (§ 1666 Rz 3, vgl auch SALGO, Pflegekindschaft 90 u passim mit rechtsvergleichendem Material; SIMITIS, FS Müller-Freienfels [1986] 579, 609: Kindeswohlgefährdung nicht primär „Trennungssignal“, sondern „Notruf“, für familienunterstützende Intervention).

Allerdings war § 1666 a zunächst kaum mehr als ein gutgemeinter Programmsatz, es fehlte an einem umfassend ausgebauten, effektiven Hilffsystem für Problemfamilien (krit deshalb WIESNER ZBJugR 1981, 509, 517, 524; SIMITIS, FS Müller-Freienfels [1986] 579, 609; RÜNZ 156). Zeitgemäße Familien- und Jugendarbeit der Jugendäm-

ter war durch das JWG nicht vorgezeichnet, sie erfolgte weitgehend extra legem (WIESNER ZBlJugR 1981, 509, 515 f). Demgemäß war die praktische Bedeutung der Vorschrift in der ersten Dekade ihres Bestehens gering: In den Entscheidungsbegründungen wurde ihr, wenn überhaupt, oft nur floskelhafter Tribut gezollt (bemüht aber zB BayObLG FamRZ 1985, 100, 101; DAVorm 1983, 381 ff; LG Berlin FamRZ 1988, 1308 ff; AG Moers ZfJ 1986, 113, 115 f).

Diese Lücke ist nunmehr durch das am 1. 1. 1991 in Kraft getretene **Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG)** vom 26. 6. 1990, BGBl I 1163) gefüllt worden. Das Netz öffentlicher und gesellschaftlicher Leistungen und Hilfsmaßnahmen, das in diesem Gesetz entfaltet wird, bildet nun den wesentlichen Bezugspunkt von § 1666 a. Im KJHG ist *konkretisiert*, was Familien in bedrängten Lebenssituationen an staatlicher Hilfe und Unterstützung erwarten dürfen, bevor sie mit einem vormundschaftsgerichtlichen Eingriff rechnen müssen, aber auch im Anschluß an einen solchen.

Die ohnehin zukunftsorientierte, auf Gefahrabwendung gerichtete *Prüfungspflicht* 2 des VormG (§ 12 FGG) wird durch § 1666 a *erweitert*, das am Verfahren mitwirkende Jugendamt (§ 50 Abs 1 KJHG, § 49 Abs 1 Nr 1 Ziff f FGG) ist verpflichtet, das Gericht über angebotene und erbrachte, aber auch noch künftig mögliche Hilfeleistungen zu informieren (§ 50 Abs 2 KJHG). Dem entspricht eine *besondere Legitimierungspflicht* von vormundschaftsgerichtlichen Eingriffen in den Entscheidungsbegründungen. Werden pflichtgemäße Erwägungen iSd § 1666 a nicht dargelegt, so ist die Entscheidung rechtsfehlerhaft und in der Rechtsbeschwerdeinstanz aufzuheben (darüber hinaus drohen Grundrechtsverletzungen gem Art 6 als Grundlage von Verfassungsbeschwerden, vgl BVerfG FamRZ 1989, 145 f; NJW 1982, 1379).

2. Normstruktur und -geltungsbereich

3

Die Vorschrift bezieht sich nur auf Maßnahmen nach § 1666, muß aber entsprechend gelten auch für vergleichbare Tatbestände (§§ 1632 Abs 4, 1671 Abs 5 [dazu § 1671 Rz 195], 1673 [dazu § 1666 Rz 49], 1748 [vgl § 51 Abs 2 S 1 KJHG; Münch-Komm-LÜDERITZ § 1748 Rz 4, 22]).

In Aufbau und Formulierung ist § 1666 a mißglückt: Weder ist das Verhältnis der in beiden Absätzen genannten Eingriffe zueinander klar, noch Inhalt und Verhältnis der jeweils als vorrangig statuierten Maßnahmen. So können Trennung und Entzug der Personensorge zusammenfallen; letzterer wird in aller Regel mit einer Trennung von Kind und Eltern einhergehen (WIESNER ZBlJugR 1981, 509, 510; vgl Münch-Komm-HINZ Rz 5: stets). In diesen Fällen sind beide Absätze kumuliert anzuwenden – eine Feststellung ohne jede praktische Bedeutung, da trotz unterschiedlicher Wortwahl die Grundsätze „Hilfe vor Eingriff“ und Vorrang des mildesten Mittels in Abs 1 u 2 gleichermaßen gelten. Ein Unterschied zwischen beiden Absätzen könnte allerdings dann bejaht werden, wenn mit dem Rechtsausschuß des Bundestags die Trennung als mildere, dem Entzug der gesamten Personensorge nach Abs 2 vorrangige Maßnahme einzustufen wäre (BT-Drucks 8/2788 S 60). Diese Auffassung ist jedoch verfehlt, sie sieht allein auf die sorgerechtliche Situation und nicht auf die *faktische* Schwere der Maßnahme für Kind und Eltern. Auch im Lichte von Art 6 Abs 3 GG muß der faktischen Trennung rechtlich mindestens gleiches Gewicht zukommen wie dem Entzug der Personensorge (ähn! MünchKomm-HINZ Rz 14; die Einschätzung des Rechtsausschusses mag nur als Beleg dienen, daß der Vorrang „öffentlicher Hilfen“ notwendig auch beim – als schwerer eingestuft – Entzug des Personensorgerechts gelten muß).

4 3. Grundproblematik

Die Feststellung, daß Kindesinteresse und familienstützender Interventionsansatz grundsätzlich miteinander harmonieren (Rz 1), darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß in jedem Einzelfall die verantwortungsbelastete Entscheidung zu treffen ist, ob dem gefährdeten Kind noch „über die Familie“ geholfen werden kann oder ob – zur Vermeidung irreversibler Schädigung – das individuelle Kindesinteresse „gegen die Familie“ zu wahren ist.

Auf der einen Seite droht die Gefahr, der § 1666 a entgegenwirken will: Die Gefahr forscher Eingriffe in die Familie, wobei mildere Mittel entweder nicht erwogen oder vorschnell beiseitegeschoben werden. Derartiges Vorgehen kann aus einer isolierten, individualistischen Sicht der Kindesinteressen resultieren, entspringt aber möglicherweise auch (illegitimen) Sanktionstendenzen gegenüber Eltern, die in der Vergangenheit versagt haben (vgl zB BayObLG FamRZ 1988, 748 [früher vernachlässigtes Kind wird nicht an Eltern zurückgegeben, obwohl diese künftige Kooperation mit dem Jugendamt und dessen wöchentliche Kontrolle akzeptieren; vgl als Kontrastfall OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1195 f]; OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1258 [wegen einmaliger Entgleisung des türkischen Vaters Herausnahme des Kindes aus der Familie und Entzug des Sorgerechts, nach anderthalb Jahren keine Rückgabe mehr, da Kind nunmehr in Pflegefamilie und deutschem Rechtskreis verwurzelt sei]; OLG Schleswig SchlHA 1988, 84 [sorgeberechtigter Vater verläßt eheliches Kind und Lebensgefährtin, bei späterem Herausgabeverlangen voller Entzug der Personensorge; aufgehoben durch BVerfG FamRZ 1989, 145 f: Verbleibensanordnung gem § 1632 Abs 4 hätte genügt]; BayObLG FamRZ 1984, 928 f [Entzug der gesamten Personensorge bei mißhandelnder Mutter, Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts genüge nicht – warum nicht?]; ähnl BayObLG DAVorm 1985, 914, 917; DAVorm 1985, 335, 337 f [endgültiger, vollständiger Sorgerechtsentzug bei „hoffnungslos überforderter“ Mutter – keine Erörterung von Hilfsmaßnahmen, mit denen der Überforderung begegnet werden könnte]; BayObLG FamRZ 1989, 421, 422 f [Kind schlecht gekleidet und ernährt, hat psychische Probleme – Einweisung in Heim ohne Versuch familienstützender Hilfe, der als „aussichtslos“ bezeichnet wird]). Ob die vorgenannten Entscheidungen im Ergebnis richtig oder falsch waren, kann nicht beurteilt werden – der aus § 1666 a folgenden Legitimierungspflicht in der Entscheidungsbegründung (Rz 2) haben die Gerichte jedenfalls nicht genügt.

- 5 Die Erkenntnis derartiger Fehl Tendenzen in der Praxis (dazu auch KEMPER FamRZ 1983, 647 f) und das Bemühen, dem Gebot des § 1666 a pflichtgemäß nachzukommen, können *auf der anderen Seite* aber auch dazu führen, daß das fundamentale kindliche Bedürfnis nach Kontinuität und gesicherter, harmonischer Familienbindung mißachtet wird. Der Problemfamilie werden immer neue Chancen gegeben, immer neue Hilfsmöglichkeiten werden versucht, und wenn die Erfolglosigkeit all dieser langjährigen Bemühungen schließlich unabweisbar feststeht, ist das Kind möglicherweise irreparabel geschädigt. Das Kind wird so zum Versuchsobjekt staatlicher Familienrehabilitierung (vgl die Fallstudie von KLUSSMANN, Das Pflegekind Janina in Glanz und Elend, ZfJ 1988, 478 ff; ELL., ZfJ 1990, 343 ff, sowie schon § 1666 Rz 133). Hierher gehört auch die Tendenz, die endgültige Unterbringung eines Kindes, das aus der Familie genommen werden mußte, über Jahre hinaus offenzulassen, um den Eltern die Chance der Konsolidierung der Verhältnisse und der Rückgewinnung des Kindes offenzuhalten (zB KG FamRZ 1985, 526 f [Kind entwickelt sich in Heim ordentlich; keine Ersetzung der Adoptionseinwilligung, da nicht sicher sei, ob die Eltern nicht „doch noch zu der gebotenen Einsicht gelangen“; Ersatzeltern nur bei endgültig feststehender Unmöglichkeit der Rückführung

– das Kind habe keinen Anspruch auf „bestmögliche Erziehung“; ähnl OLG Frankfurt FamRZ 1983, 531; in BayObLG DAVorm 1983, 381 ff dürfte die Trennung Kind-Eltern zu lange hinausgezögert worden sein; vgl auch den vom BVerfG entschiedenen Fall geistig behinderter Eltern [NJW 1982, 1379], in dem das Kind kurz darauf wegen schwerer Vernachlässigung und Mißhandlung den Eltern endgültig genommen werden mußte (§ 1666 Rz 105]).

Demgegenüber ist zu betonen, daß das **Kindesinteresse** auch im Rahmen des **6** § 1666 a **der ausschlaggebende Gesichtspunkt bleibt**. Gerät der Hilfsansatz in unauflösbaren Konflikt mit dem Kindesinteresse, setzt sich letzteres durch (vgl schon § 1666 Rz 133). Die grundsätzlich richtige Erkenntnis, daß § 1666 es dem Staat nicht gebiete oder erlaube, zugunsten optimaler Entwicklungsbedingungen des Kindes einzuschreiten (§ 1666 Rz 67), rechtfertigt es nicht, das Kind jahrelang in unbefriedigenden Umständen aufwachsen und seine familiäre Zuordnung in der Schwebe zu lassen: Auch dadurch werden vollendete Tatsachen geschaffen, in diesem Fall zu Lasten des Kindes. Insbes hat das Kind einen Anspruch auf „Eltern“; die Voraussetzungen für seine Rückführung in die Herkunftsfamilie müssen in „vor allem für jüngere Kinder tolerierbaren Zeiträumen“ erreicht werden (SALGO, Pflegekindschaft 90), andernfalls ist die Unterbringung in einer Ersatzfamilie zu ermöglichen (§ 37 Abs 1 S 2–4 KJHG; BT-Drucks 11/5948 S 74; ZENZ, Kindesmißhandlung 264 ff, 299 ff, 358 ff; § 1666 Rz 140). Heimunterbringung zur Vermeidung persönlicher Hinwendung des Kindes zu Pflegeeltern, die einer Rückführung entgegenstehen könnte (Anm des einsendenden Richters zu KG FamRZ 1985, 526, 527), verletzt die Kindesgrundrechte ebenso wie ein wiederholter Wechsel von Pflegeeltern mit dem gleichen Ziel (vgl BVerfG NJW 1988, 125).

Familienzerstörung aus professionellen „Rettungsphantasien“ heraus (vgl § 1666 Rz 64) und Instrumentalisierung des Kindes zugunsten staatlicher Familientherapie – diese beiden Klippen zu vermeiden, gehört zu der delikaten Abwägungsaufgabe des Vormundschaftsrichters im Rahmen der §§ 1666, 1666 a.

II. Trennung des Kindes von der Familie, Abs 1

1. Trennung

7

Abs 1 ist im Zusammenhang mit **Art 6 Abs 3 GG** zu sehen und auszulegen. Schutzgegenstand der Norm ist die familiäre Gemeinschaft von Eltern und Kindern, deren Zerstörung nur als ultima ratio in Betracht kommen soll. Maßgeblich ist die *faktische* Trennung von Eltern und Kind, sorgerechtliche Beeinträchtigungen der Eltern sind unerheblich, können allenfalls zusätzlich Maßnahmen nach Abs 2 auslösen. Gleich bleibt auch, ob die Trennung unmittelbar aus der richterlichen Anordnung folgt oder sich erst als deren mittelbare Konsequenz ergibt (spätere Herausnahme des Kindes aus der Familie durch vormundschaftsgerichtlich bestellten Pfleger). Von der ratio legis erfaßt ist auch die gerichtliche Aufrechterhaltung einer von den Eltern zunächst selbst verursachten Trennung (BVerfG FamRZ 1989, 145, 147; vgl BVerfGE 68, 178, 187). Aus dem Zusammenhang mit Art 6 Abs 3 GG folgt aber, daß nur eine Trennung *gegen den Elternwillen* unter Abs 1 fällt, nicht etwa eine von den Eltern initiierte Fremderziehung des Kindes (WIESNER ZBIJugR 1981, 509, 510).

8 2. Elterliche Familie

Geschützt ist jede gelebte und sorgerechtlich ausgestattete Eltern-Kind-Gemeinschaft, also auch die Adoptivfamilie, die Teilfamilie Mutter-nichteheliches Kind oder die des Kindes mit dem nach Scheidung allein sorgeberechtigten Elternteil (vgl § 1666 Rz 27). Faktische Gemeinschaft (etwa des nichtehelichen Kindes mit seinem Vater) genügt wegen des Zusammenhangs mit § 1666 Abs 1 nicht (möglich aber Schutz über Art 6 Abs 1 GG, insbes in vollständiger nichtehelicher Familiengemeinschaft). Allerdings sind „faktische Eltern“ (genetische oder nicht-verwandte) auf jugendhilferechtlicher Ebene nunmehr weitgehend in das Leistungssystem einbezogen, vgl §§ 7 Nr 6, 20 Abs 1 KJHG und passim.

Die Pflegefamilie wird gem § 1632 Abs 4 geschützt, soweit Trennung zugunsten der leiblichen Eltern in Frage steht; bei bloßem Wechsel der Pflegestelle hingegen ist § 1666 a entsprechend anwendbar (BayObLG ZBlJugR 1983, 308, 311).

9 3. Vorrang milderer Maßnahmen im allgemeinen

Eine Trennung des Kindes von den Eltern ist nur zulässig, wenn nur durch sie einer bestehenden Gefährdung des Kindes begegnet werden kann, wenn also mildere Eingriffe das Kind nicht hinreichend schützen würden (BayObLG DAVorm 1981, 901, 903 f; FamRZ 1980, 1062, 1064; DAVorm 1983, 78, 82; KG FamRZ 1985, 97, 99; OLG Stuttgart DAVorm 1982, 995 f). Jede gefahrabwendende Handlungsmöglichkeit unterhalb der erzwungenen Trennung schließt letztere also aus (Einzelh bei RÜNZ 46 ff).

Bedeutsam ist insoweit vor allem die **Haltung der Eltern**. Jede Maßnahme, die von ihrem Einverständnis getragen ist, hat Vorrang (OLG Bamberg DAVorm 1987, 664, 667; BELCHAUS § 1666 a Rz 2; WIESNER ZBlJugR 1981, 509, 511). Lehnen die Eltern hingegen staatliche Unterstützung, mittels deren ein Verbleib des Kindes in der Familie möglich wäre, ab, so kann diese sinnvollerweise nicht als „geeignete“ mildere Maßnahme angeordnet werden, soweit sie elterliche Kooperation voraussetzt (vgl BayObLG ZBlJugR 1983, 308, 309, 311; AG Moers ZfJ 1986, 113, 115 f; WIESNER ZBlJugR 1981, 509, 518).

10 4. „Öffentliche Hilfen“ insbesondere

Was als *öffentliche Hilfen* in Betracht kommt, ist im wesentlichen in §§ 11–40 KJHG niedergelegt. Ist ein vormundschaftsgerichtliches Verfahren nach § 1666 anhängig, so sollten die dort vorgesehenen Jugendhilfeleistungen regelmäßig bereits angeboten bzw erbracht worden sein (entsprechende Berichtspflicht des Jugendamts: § 50 Abs 2 KJHG). Dies, wie auch die Möglichkeit weiterer geeigneter Hilfen, ist aber stets vom VormG eigenverantwortlich zu prüfen. Zum Teil setzen Leistungen bei allgemeinen sozial-ökonomischen Problemlagen an, etwa bei alleinerziehenden Elternteilen (§§ 18, 19 KJHG), bei Eltern mit ambulanten Berufen (§ 21 KJHG) oder beim Ausfall des überwiegend haushaltsführenden und kindesbetreuenden Elternteils (§ 20 KJHG). § 20 KJHG ist verwandt mit § 70 BSHG und § 185 b RVO, stellt aber nicht die Fortführung des Haushalts, sondern die Betreuung und Versorgung des Kindes in den Vordergrund (BT-Drucks 11/5948 S 59). Mit diesen Vorschriften teilt § 20 KJHG die Schwäche, daß zum Tatbestand der Sozialleistungen, die den Verbleib des Kindes im elterlichen Haushalt ermöglichen sollen, der *Ausfall* zumindest eines Elternteils gehört (vgl WIESNER ZBlJugR 1981, 509, 516). Der weiterhin präsente Elternteil, der jedoch zur sachgerechten Bewältigung von Kindesbetreuung und Haushalt teilweise nicht in der Lage ist, kann Hilfe nicht nach

§ 20 KJHG, möglicherweise aber nach § 31 KJHG (sozialpädagogische Familienhilfe) erhalten.

Die Kindesgefährdende Situation in Problemfamilien kann auch entschärft werden durch institutionelle oder familiäre Tagespflege (§§ 22, 23 KJHG).

Bei *konkreten Erziehungsproblemen* können die in §§ 27 ff KJHG geregelten „*Hilfen zur Erziehung*“ die Familie stützen. Ohne Trennung von Eltern und Kindern und (idR) ohne Sorgerechtsingriff kommen insoweit in Betracht die *Erziehungsberatung* (§ 28 KJHG), die *soziale Gruppenarbeit* zum Ausgleich von Sozialisationsdefiziten (§ 29 KJHG), die *sozialpädagogische Familienhilfe* als intensive Form ambulanter Unterstützung (§ 31 KJHG; vgl BT-Drucks 10/2730 [7. Jugendbericht]) sowie die *intensive sozialpädagogische Einzelbetreuung* (§ 36 KJHG), die bei Jugendlichen in besonders gefährdenden Lebenssituationen (Drogen-, Prostituierten-, Punker-, Nichtseßhaftenmilieu) eine Alternative zur geschlossenen Unterbringung bieten soll. An der Schnittstelle zwischen ambulanten und stationären Hilfen kann auch die *Erziehung in einer Tagesgruppe* einer institutionellen oder familialen Einrichtung den grundsätzlichen Verbleib des Kindes in seiner Familie sichern (§ 32 KJHG). Flankierend zu den „Hilfen zur Erziehung“ sind Leistungen zum *Unterhalt* des Kindes vorgesehen, § 39 KJHG.

Aber selbst wenn sich die *Herausnahme* des Kindes aus seiner Familie als notwendig erweisen sollte (Vollzeitpflege, § 33 KJHG; Heimerziehung, § 34 KJHG), kann der gesetzliche Verweis auf „öffentliche Hilfen“ noch Bedeutung entfalten. Gelingt es, die Eltern zur *freiwilligen* Inanspruchnahme dieser Leistungen zu bewegen, so gewinnen sie hiermit nicht nur Mitsprache- und Auswahlrechte (§ 36 Abs 1 S 3 KJHG), es erübrigt sich regelmäßig auch ein die Trennung begleitender Entzug des Sorgerechts (zur Zusammenarbeit von Pflegeperson bzw Einrichtung mit den sorgeberechtigten Eltern vgl §§ 37, 38 KJHG). Des weiteren folgt aus §§ 37 Abs 1 S 2, 3, 34 Nr 1, 33 S 1 KJHG die **staatliche Pflicht zur „Nachsorge“** nach einer Herausnahme des Kindes aus der Herkunftsfamilie, dh es sind Bemühungen geboten, die Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie innerhalb eines – vom Kind her gesehen – vertretbaren Zeitraumes so zu verbessern, daß das Kind dorthin wieder zurückkehren kann. Dazu gehören auch Bemühungen um eine Fortführung des Kontakts zwischen Kind und Eltern (§ 37 Abs 1 S 3 KJHG). § 1666 a bezieht den Vormundschaftsrichter in die Verantwortung für diese Folgemaßnahmen ein, Eingriffe gem Abs 1 oder 2 sind nur zulässig, wenn gleichzeitig zusammen mit dem Jugendamt die Möglichkeiten und Modalitäten einer Refunktionalisierung der Herkunftsfamilie erörtert und festgelegt werden (ähnlich schon vor dem KJHG ZENZ, Kindesmißhandlung 152, 243, 256 f, 261; SALGO, Pflegekindschaft 90; OLG Hamm DAVorm 1986, 804, 807; BayObLG ZBJugR 1983, 308, 311; vgl § 1666 Rz 133, 138).

Angesichts des über die eigentliche vormundschaftsgerichtliche Funktion hinausweisenden Begriffs der „öffentlichen Hilfen“ ist die Frage gestellt worden, ob der **Vormundschaftsrichter** gem § 1666 a für geeignet befundene Hilfen, auch wenn diese von eigenständigen Leistungsträgern zu erbringen sind, **anordnen** kann oder ob er insoweit auf Kooperation mit den Behörden und privaten Sozialleistungsträgern angewiesen ist. Bei privaten Trägern ist eine derartige Anordnungsbefugnis sicherlich nicht gegeben. Gegenüber öffentlichen Leistungsträgern ist die Befugnis unproblematisch zu *bejahen*, wenn ein *Rechtsanspruch* auf die betreffende Hilfe besteht, und sei dies auch nur aufgrund einer Selbstverpflichtung des Leistungsträgers oder einer Ermessensreduzierung auf „Null“ nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen.

Unklar ist insoweit der Verpflichtungsgrad der Leistungsbestimmungen nach dem **KJHG**. Eindeutig gewähren *Rechtsansprüche* nur die Vorschriften der §§ 18, 21, 23

Abs 2 S 2, 27 Abs 1, 36 Abs 1, 39 Abs 1 und 40. Hierzu gehören auch die im Zusammenhang des § 1666 wichtigen „Hilfen zur Erziehung“ (§§ 27 ff KJHG; s Rz 11). Zwar ist der Anspruch davon abhängig, daß die konkrete Hilfe geeignet und erforderlich ist, um das Erziehungsdefizit der Eltern auszugleichen (§ 27 Abs 1 KJHG). Hierbei handelt es sich jedoch nur um unbestimmte Rechtsbegriffe im Tatbestand der Anspruchsnorm, nicht um eine Rückstufung zur Ermessensleistung. Entsprechendes gilt für die Entscheidung über Art und Umfang der Hilfe im konkreten Fall: Der insoweit allein maßgebliche „erzieherische Bedarf“ (§ 27 Abs 2 S 2 KJHG) ist ein Rechtsbegriff, der Leistungsträger hat kein Auswahlermessen (zum Charakter als „Pflichtleistung“ s BT-Drucks 11/5948 S 67). Aus der engen Verzahnung öffentlicher Jugendhilfeleistungen mit vormundschaftsgerichtlichem Kinderschutz, die insbes § 1666 a augenfällig hervorhebt, muß die **Kompetenz des VormG** (bzw der Instanzgerichte) gefolgert werden, die Anspruchsnormen des KJHG verbindlich (auch mit Wirkung gegenüber den öffentlichen Leistungsträgern) auszulegen und ggf eine gebotene Hilfe zur Erziehung **anzuordnen** (idR wird der in § 50 Abs 2 KJHG vorgeschriebene Kommunikationsprozeß zwischen Richter und Jugendamt allerdings zu konsensgetragenen Lösungen führen).

Soweit Jugendhilfeleistungen, wie zB die Erziehungsbeistandschaft (§§ 18 Abs 1, 30 KJHG), sinnvoll nur auf der Basis elterlicher Zustimmung und Kooperation erbracht werden können (zum früheren Recht, § 57 JWG, vgl BayObLG DAVorm 1983, 381 ff), gehört diese zur tatbestandlichen Anspruchsvoraussetzung der „Geignetheit“ (§ 27 Abs 1 KJHG; vgl § 1666 Rz 138).

Neben den genannten Vorschriften enthält das KJHG überwiegend **Soll-Vorschriften**, gelegentlich auch Kann-Vorschriften. Während letztere offensichtlich Ermessensleistungen bezeichnen (vgl BT-Drucks 11/5948 S 119 [trotz der mißverständlichen Bezeichnung als „Soll-Leistungen“]), ist die Qualifizierung der Soll-Vorschriften schwierig (vgl einerseits OBERLOSKAMP ZfJ 1990, 260, 263, 268 [kein Rechtsanspruch, nur Anweisung an den Jugendhilfeträger]; andererseits PREIS ZRP 1990, 90, 91 [„soll“ bedeutet „muß“, sofern nicht atypische Umstände vorliegen]). Aus dem Gesamtzusammenhang der Begründung zum RegE des KJHG ergibt sich, daß die Gesetzesverfasser die Soll-Vorschriften als *Verpflichtung* für die Jugendhilfeträger verstanden haben (so deutlich BT-Drucks 11/5948 S 58–60, 119 f). Nicht anders ist auch die Rückstufung einiger kostenintensiver Leistungen für eine Übergangszeit bis 1994 von Soll- zu Kann-Bestimmungen zu erklären (zu §§ 17, 20, 41 KJHG s BT-Drucks 11/5948 S 119 f). Ob und inwieweit daraus ein subjektives öffentliches Recht von Eltern oder Kind folgt, kann hier dahinstehen. *Für die vormundschaftsrichterliche Anordnungsbefugnis genügt die im Gesetz statuierte Regel-Verpflichtung der Jugendhilfeträger.* Die Feststellung atypischer und den Gesetzeszweck vereitelnder Umstände, die im Einzelfall einer Leistungspflicht ausnahmsweise entgegenstehen könnten, gehört mit zu dem letztlich dem VormG zugewiesenen Verantwortungsbereich.

Bei echten **Ermessensleistungen** sind die Meinungen geteilt: Nach einer Auffassung legitimiert § 1666 a den Richter nicht zum Übergriff in öffentlich-rechtliche Leistungsbereiche, etwa auch die kommunale Selbstverwaltung für den Funktionsbereich des Jugendamtes (WIESNER ZBJugR 1981, 509, 512 ff; RÜNZ 127–156); nach anderer Auffassung erwächst dem Richter aus dieser Vorschrift eine eigenständige Anordnungsbefugnis, der die Leistungsträger nachzukommen haben (AK-MÜNDER Rz 8; in Bezug auf das Jugendamt auch SALGO, Pflegekindschaft 94–96; offengelassen in LG Freiburg FamRZ 1985, 95, 96 f bezüglich § 80 StVollzG).

Eine solche Befugnis wäre im Interesse effektiven Kinderschutzes erstrebenswert, ist mit den Strukturen des geltenden Jugendhilferechts aber wohl nicht zu vereinba-

ren. Der Richter bleibt darauf beschränkt, bisher nicht angebotene öffentliche Hilfen, deren Erbringung im Ermessen der jeweiligen Leistungsträger steht, bei diesen anzuregen und mit ihnen zu erörtern; *werden diese Hilfen dennoch nicht bereitgestellt, stehen sie nicht zur Verfügung* iSd § 1666 a.

Kommt nach dem soeben Dargelegten die richterliche Anordnung einer öffentlichen Hilfe in Betracht, so ist diese Anordnung als „*Maßnahme*“ iS von § 1666 Abs 1 zu qualifizieren. Sie kann sorgerechtsergänzend (zB Beistandschaft), aber auch mit Eingriffen in das elterliche Sorgerecht verbunden sein (zB Erziehung in einer Tagesgruppe, § 32 KJHG).

Die **Kosten** öffentlicher Hilfen sollen unerheblich sein, allein das Kindes- und Familieninteresse ist entscheidend (BT-Drucks 8/2788 S 60; LG Berlin FamRZ 1988, 1308, 1312; ERICHSEN-REUTER 77). Dieser Grundsatz gilt unter der sich aus dem Vorstehenden ergebenden Einschränkung, daß der Vormundschaftsrichter keine Kosten verursachen kann über vorhandene Rechtsgrundlagen und Leistungsangebote von öffentlichen oder privaten Trägern der Jugendhilfe hinaus (vgl BT-Drucks 8/2788 S 2 [Kosten: keine]). Nur: Soweit Mittel bereitstehen, sind die Kosten kein legitimer Grund zur Ablehnung einer an sich gebotenen Hilfsmaßnahme. Das gilt auch, wenn schon längere Zeit, aber im Ergebnis erfolglos, kostenaufwendige Hilfen für eine Familie erbracht worden sind (anders OLG Hamm DAVorm 1986, 540, 542 [... können „Mittel der Hilfe nicht schlechthin unbegrenzt zur Verfügung gestellt werden“) – nur die Aussichtslosigkeit, nicht die Kosten können die Versagung weiterer Hilfen rechtfertigen. Ganz unbefriedigend auch unter diesem Gesichtspunkt sind Eltern-Kind-Trennungen in Fällen, in denen das elterliche Versagen offenkundig auch auf der ökonomischen Mangellage der Familie beruht und in denen dennoch nicht einmal der Versuch öffentlicher Hilfen unternommen wurde (vgl LG Frankenthal DAVorm 1984, 320 [enge Wohnverhältnisse, geringes Einkommen]; BayObLG FamRZ 1989, 421, 422 f [schlechte Kleidung und Ernährung]).

Im übrigen gehören die Kosten für die Kindesunterbringung in den Bereich der elterlichen Unterhaltsverpflichtung (§ 1666 Rz 180). Der Rückgriff der Träger der Jugendhilfe ist im KJHG eigenständig geregelt (§§ 90 ff). Von einem Kostenbeitrag kann abgesehen werden, wenn dadurch der Zweck der Hilfe vereitelt würde oder sich eine besondere Härte ergäbe (§ 93 Abs 3 KJHG).

5. Entbehrlichkeit unterstützender Maßnahmen

15

Öffentliche Hilfen und andere mildere Maßnahmen sind auch nach Abs 1 nur vorrangig, soweit mit ihnen der Gefahr begegnet werden kann – sie müssen geeignet und erfolgversprechend sein (der ausdrückliche Vorbehalt in Abs 2 gilt also in Abs 1 entsprechend). Sind sie bereits jahrelang erbracht worden, aber letztlich gescheitert, darf daraus im Regelfall gefolgert werden, daß der Kindesschutz mit milderen Eingriffen als der Trennung nicht zu erreichen ist (OLG Hamm DAVorm 1986, 540, 542; DAVorm 1986, 804, 806 f; BayObLG FamRZ 1981, 86; vgl § 1666 Rz 131). Diese Situation ist häufig gegeben, da Jugendämter vormundschaftsgerichtliche Eingriffe (von akuten Gefährdungsfällen abgesehen) erst anregen, nachdem sich ihr Jugendhilfe-Instrumentarium als wirkungslos herausgestellt hat (WIESNER ZBJugR 1981, 509, 512; SALGO, Pflegekindschaft 590 [Antrag des Jugendamts als „Schlußpunkt“ gescheiterter Restabilisierungsbemühungen]).

Verweigert umgekehrt der Vormundschaftsrichter in dieser Situation die Anordnung von Maßnahmen unter Hinweis auf „öffentliche Hilfen“, so müssen diese konkret beschrieben und hinsichtlich ihrer Erfolgsaussichten begründet werden

(OLG Hamm DAVorm 1986, 540, 542). Ganz verfehlt ist eine Verweigerung vormundschaftsgerichtlichen Kindesschutzes unter Hinweis auf unterlassene Hilfen in der Vergangenheit, wenn sie im Entscheidungszeitpunkt nicht mehr möglich sind (LG Berlin FamRZ 1983, 943; FamRZ 1983, 947; FamRZ 1982, 841, 843; vgl § 1666 Rz 126). Im übrigen hat der Richter bei Einschätzung der Erfolgsaussichten milderer Maßnahmen einen Mittelweg zu finden zwischen unfundierter Hoffnung auf elterliche Konsolidierung (vgl OLG Hamm FamRZ 1985, 526 f) und vorschneller Unterstellung fehlender Erfolgsaussichten (vgl BayObLG FamRZ 1989, 421, 422 f).

16 6. Vorläufige Anordnungen

Durch vorläufige Anordnungen kann eine Trennung dann angeordnet werden, wenn sie auch im Hauptverfahren wahrscheinlich ist (LG Berlin DAVorm 1979, 143, 146), ferner bei akuter Gefährdung zum einstweiligen Kindesschutz, wenn die vorherige Abklärung der familiären Situation mit zu großem Risiko verbunden wäre. Das gleiche gilt, wenn sich die Suche und Erörterung öffentlicher Hilfen langwierig gestaltet und dem Kind ein Abwarten in der Familie nicht zugemutet werden kann (MünchKomm-Hinz Rz 12). Das Gebot „helfender Nachsorge“ (Rz 12) ist hier besonders offenkundig (diese ist nicht erkennbar in BayObLG FamRZ 1989, 421 ff).

17 III. Entziehung der Personensorge, Abs 2

Die „gesamte Personensorge“ umfaßt das Recht zur tatsächlichen Betreuung und die Vertretung in persönlichen Fragen (§§ 1626, 1629). Als andere (mildere) Maßnahmen kommen in Betracht der nur auf Teilbereiche beschränkte Entzug oder eine Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs 4 (vgl BVerfG FamRZ 1989, 145, 146 f), vor allem aber auch „öffentliche Hilfen“ iSd Abs 1 (Rz 10–14). Gar kein Entzug (schon mangels konkreter Kindesgefährdung) ist notwendig, wenn der sorgeberechtigte, berufstätige Elternteil das Kind in der Pflegefamilie belassen will und zur Kooperation mit dieser und dem Jugendamt bereit ist (OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1195 f [zu § 1671 Abs 5]).

- 18 Der Entzug der gesamten Personensorge ist nur gerechtfertigt, wenn schon im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren geklärt ist, was mit dem Kind konkret geschehen soll, und wenn der Entzug im Hinblick auf die geplante Regelung notwendig ist. Unzulässig ist der pauschale Entzug und Pflegerbestellung, wobei die Veranlassung alles weiteren dem Pfleger überlassen wird (ZENZ, Kindesmißhandlung 362 f; WIESNER ZBlJugR 1981, 509, 520).

Im übrigen gelten die Erl zu Abs 1 entsprechend.

§ 1667

Wird das Vermögen des Kindes dadurch gefährdet, daß der Vater oder die Mutter die mit der Vermögenssorge verbundenen Pflichten verletzt oder zu verletzen droht oder in Vermögensverfall gerät, so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Das Vormundschaftsgericht kann anordnen, daß die Eltern ein Verzeichnis des Vermögens des Kindes einreichen und über die Verwaltung Rechnung legen. Die Eltern haben das Verzeichnis mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit zu versehen. Ist das eingereichte Verzeichnis ungenügend, so kann das Vor-

5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

mundschaftsgericht anordnen, daß das Verzeichnis durch eine zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird.

Das Vormundschaftsgericht kann anordnen, daß das Geld des Kindes in bestimmter Weise anzulegen und daß zur Abhebung seine Genehmigung erforderlich ist. Gehören Wertpapiere, Kostbarkeiten oder Buchforderungen gegen den Bund oder ein Land zum Vermögen des Kindes, so kann das Vormundschaftsgericht dem Elternteil, der das Kind vertritt, die gleichen Verpflichtungen auferlegen, die nach §§ 1814 bis 1816, 1818 einem Vormund obliegen; die §§ 1819, 1820 sind entsprechend anzuwenden.

Das Vormundschaftsgericht kann dem Elternteil, der das Vermögen des Kindes gefährdet, Sicherheitsleistung für das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen auferlegen. Die Art und den Umfang der Sicherheitsleistung bestimmt das Vormundschaftsgericht nach seinem Ermessen. Bei der Bestellung und Aufhebung der Sicherheit wird die Mitwirkung des Kindes durch die Anordnung des Vormundschaftsgerichts ersetzt. Die Sicherheitsleistung darf nur durch Maßnahmen nach Absatz 5 erzwungen werden.

Das Vormundschaftsgericht kann dem Elternteil, der das Vermögen des Kindes gefährdet, die Vermögenssorge ganz oder teilweise entziehen, wenn dies erforderlich ist, um eine Gefährdung des Kindesvermögens durch diesen Elternteil abzuwenden.

Die Kosten der angeordneten Maßnahmen trägt der Elternteil, der sie veranlaßt hat.

§ 1667 aF: E I § 1547 Abs 1, § 1549 Abs 1; II § 1558; III § 1644; Mot IV 807, 815; Prot IV 553, 635. GleichberG Art I Nr. 22; SorgeRG Art 1 Nr 17.

Systematische Übersicht

- | | |
|--|---|
| I. Normbedeutung und -entwicklung 1
1. Normbedeutung 1
2. Normentwicklung 5
3. Abgrenzung zu §§ 1671, 1672, 1696 6 | 3. Anlagebestimmung, Sicherungsmaßnahmen (Abs 3) 21
4. Sicherheitsleistung (Abs 4) 24
a) Allgemeines 24
b) Einzelheiten 27
5. Entzug der Vermögenssorge (Abs 5) 29
a) Grundsätze 29
b) Folgen der Entziehung 32 |
| II. Tatbestandliche Voraussetzungen 7
1. Kindesvermögen 8
2. Gefährdung durch elterliche Pflichtverletzung 9
3. Gefährdung durch elterlichen Vermögensverfall 12 | IV. Dauer und Änderung von Maßnahmen 33

V. Kosten der Maßnahmen 34 |
| III. Maßnahmen des VormG 13
1. Allgemeines 13
2. Vermögensverzeichnis, Rechnungslegung (Abs 2) 19 | VI. Zuständigkeit und Verfahren 35
1. Zuständigkeit 35
2. Verfahren 36
3. Kosten des Verfahrens 39 |

Alphabetische Übersicht

- | | |
|-------------------------------------|---|
| Änderung von Maßnahmen 28, 33 | Beschwerde 37 |
| Anhörung 36 | |
| Anlage von Kindesvermögen 9, 21, 29 | Dauer von Maßnahmen 33 |
| Anlagebestimmung 21, 29 | |
| Arrest, dinglicher 18 | Eigenverbrauch von Kindesvermögen 9, 12, 22 |

Eintrittsrecht des VormG 22, 28
 Eltern-Kind-Verhältnis 14, 36
 Erbschaft des Kindes 9
 Erwerbsgeschäft des Kindes 9
 Erziehungsbeistand gem § 1685 17

Grundrechte

- der Eltern 1, 9, 11
- des Kindes 4

Herausgabe des Kindesvermögens 32
 Hinterlegung 16, 23

Jugendamt 36 f

Kindesschutzsystem 1 ff, 11, 13, 22, 30
 Kindesvermögen 1 ff, 8 f, 14, 18 ff, 23
 Kindesvermögensgefährdung 9 ff, 18–21
 Kindeswohl
 – persönliches 1 f, 11, 14, 36 f
 – als Vermögensinteresse 2, 4, 11, 14, 22, 27, 30
 Kosten des Verfahrens 34, 39

Personensorge 1, 6, 11, 14, 37
 Pfleger 6, 17, 28, 32, 37
 Pflichtteilsanspruch 8, 14
 Pflichtverletzung, elterliche 2 ff, 7, 9 ff, 14, 19
 Prozeßbevollmächtigter 16

Rechnungslegung 13, 20, 32
 Rechtsgeschäfte mit Dritten 4
 Rechtspfleger 35

Schadensersatzanspruch 4, 9, 24
 Scheidung 6, 32
 Schmerzensgeldanspruch 8
 Sicherheitsleistung 13, 24 ff, 36, 38
 Sicherungsmaßnahmen 21 ff
 Sperrvermerk 22, 38

Überwachungspflicht der Eltern 31 f
 Unterhaltsanspruch 8
 Unterhaltspflichtverletzung 11

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 13 f, 25, 29 f, 36
 Vermächtnisanspruch 8 f
 Vermögenssorge 1, 8, 9, 11
 Vermögenssorgeentzug 1, 5 f, 13 f, 25 f, 29 ff, 35 ff
 – Androhung desselben 26, 30
 Vermögensverfall 2 f, 7, 12, 19, 34, 36
 Vermögensverzeichnis 8, 19, 29
 Verschulden, elterliches 3, 11 f
 Vollzug 19, 22, 26, 36, 38
 Vorläufige Anordnung 30, 36

Wächteramt des Staates 1, 11
 Wertpapiere 23

I. Normbedeutung und -entwicklung

1 1. Normbedeutung

§§ 1667, 1670 sind Komplementärnormen zu § 1666 für den Bereich der **Vermögenssorge** – die Aufgliederung des elterlichen Sorgebereichs in § 1626 Abs 1 S 2 wird damit im Kindesschutzrecht fortgesetzt (weitere Eingriffstatbestände in §§ 1639 Abs 1 S 2; 1640 Abs 3, Abs 4; 1683 Abs 4; Grenzfall § 1666 Abs 3: Schutzgegenstand ist dort jedoch das persönliche Kindeswohl, nicht das Kindesvermögen, BayObLG DAVorm 1989, 153, 156, s § 1666 Rz 148; gleiches gilt für Eingriffe in die Vermögenssorge nach § 1666 Abs 1, s dort Rz 132). Diese Aufgliederung ist zweckmäßig wegen der Verschiedenheit der Sorgegegenstände (persönliches Wohl/Vermögen), erfolgt aber unter dem Dach eines einheitlichen Grundkonzepts der elterlichen Sorge (Vorbem 1 zu §§ 1638–1664 [ENGLER]). Insbes fügt sich die Vermögenssorge ohne weiteres und ohne gesonderte Hervorhebung in das verfassungsrechtliche Schutzsystem für Kinder ein: Sie ist von der in Art 6 Abs 2 S 1 angesprochenen „Pflege und Erziehung“ mitumfaßt und entsprechend auch Gegenstand des staatlichen Wächteramts gem Art 6 Abs 2 S 2 (das BVerfG unterstellt dies offenbar als selbstverständlich, vgl NJW 1986, 1859 = FamRZ 1986, 769 = JZ 1986, 632; zum streitigen Diskussionsstand FEHNEMANN ZfJ 1986, 178 ff mwN; dies JZ 1986, 1055 ff). Als dessen einfachgesetzliche Ausprägung erscheinen deshalb auch die das Kindesvermögen schützenden Vorschriften (für ihre Gründung auch auf Art 14 Abs 1 GG FEHNEMANN JZ 1986, 1055, 1057).

Ein struktureller Unterschied zwischen § 1666 und § 1667 besteht nicht so sehr ² darin, daß in der zweiten Vorschrift die Schutzmaßnahmen des VormG ausführlicher (aber nicht enumerativ, s Rz 15) aufgeführt werden. Er scheint vielmehr darin zu liegen, daß – neben dem objektiven Tatbestandsmerkmal des elterlichen Vermögensverfalls – eine **elterliche Pflichtverletzung** zur konstitutiven Eingriffsvoraussetzung erhoben wird (zur Rechtslage bei § 1666 s dort Rz 17 ff; für die hM ergibt sich in diesem Punkt systematische Kongruenz der §§ 1666, 1667, vgl MünchKomm-HINZ § 1667 Rz 1, 7). Dabei handelt es sich nicht um eine mangelnde Anpassung im Rahmen der Sorgerechtsreform, sondern um eine bewußte Einschränkung staatlicher Eingriffskompetenz – ein rein rechtsgutsbezogener Schutzansatz wurde vom Rechtsausschuß des Bundestags im Vermögensbereich als vom Kindesinteresse nicht geboten angesehen (BT-Drucks 8/2788 S 60, vgl PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 6; SOERGEL-LANGE [11. Aufl 1981] Rz 3; im Umkehrschluß mag hieraus ein Argument gegen das Pflichtwidrigkeitskriterium in § 1666 gewonnen werden). Diese Auffassung ist erklärbar, wenn von einer weniger existentiellen Bedeutung des Vermögens im Vergleich zum persönlichen Wohl des Kindes ausgegangen wird (weitere Anhaltspunkte für diese gesetzliche Wertung: §§ 49 Abs 1 Nr 1 Ziff f, 50 b Abs 2 FGG; 14 Nr 8 RPflG).

Der auf elterliches Handlungsunrecht abstellende Rechtsschutzansatz konnte aber ³ auch in § 1667 nicht rein durchgehalten werden, das Interesse des Kindes machte **zwei Ausnahmen** notwendig: (1) Das alternative Merkmal des *Vermögensverfalls* der Eltern (Abs 1) abstrahiert völlig von den zugrundeliegenden Ursachen (Rz 12), hier rechtfertigt schon die gefährliche Situation als solche schützende Maßnahmen (im Vorfeld von § 1670). (2) Mit der Erstreckung der Eingriffsbefugnis auf nur „*drohende Pflichtverletzungen*“ (Abs 1) wurde der praktischen Erfahrung Rechnung getragen, daß *nach* geschehenen elterlichen Pflichtverletzungen gerichtlicher Schutz für das Kindesvermögen oft zu spät kam (BT-Drucks 7/2060 S 30; 8/2788 S 60). Damit schiebt sich der Sache nach aber schon wieder eine rechtsgutsbezogene Betrachtungsweise in den Vordergrund (die Bedenken der Minderheit im Rechtsausschuß [zu unbestimmt, staatliche Inquisitionsgefahr, BT-Drucks 8/2788 S 60 f] entsprechen folgerichtig den Einwänden gegen einen reinen Gefährdungsansatz in § 1666 [dort Rz 11, 22], sind aber gleichermaßen unbestätigt geblieben). Tatsächlich ist die tatbestandliche Einbeziehung auch der nur „*drohenden Pflichtverletzung*“ nicht eine Erweiterung des Pflichtwidrigkeitskonzepts, sondern dessen verfassungsrechtlich gebotene Korrektur (*anders* MünchKomm-HINZ Rz 7).

Im *Ergebnis* ist festzustellen, daß sich eine vollständige systematische Harmonie zwischen §§ 1666 und 1667 weder vom Boden der hM (Kindesschutz = Rechtsschutz gegen pflichtwidriges Handeln) noch der hier vertretenen Auffassung (s § 1666 Rz 23, 24) herstellen läßt, zur Diskussion steht nur die dogmatische und rechtspolitische Begründung für den zT unterschiedlichen gesetzlichen Ansatz in beiden Vorschriften (zu einer weiteren sachlichen Divergenz Rz 11).

Beeinträchtigungen seiner Vermögensinteressen durch elterliche Pflichtverletzungen ⁴ ohne oder trotz vormundschaftsgerichtlichen Einschreitens muß das Kind grundsätzlich hinnehmen (vorbehaltlich eines Schadenersatzanspruchs, dazu § 1664 Rz 6, 7 [ENGLER]). Die Pflichtwidrigkeit von Vermögensdispositionen in Vertretung des Kindes führt *nicht automatisch* zu deren rechtsgeschäftlicher *Unwirksamkeit* im Verhältnis zu Dritten (aA GERNHUBER § 49 V 2; ders FamRZ 1962, 94; MÜLLER-FREIENFELS, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft [1955] 367 f; zur Diskussion MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 24). Eine Ausnahme gilt nur, wenn aus der elterlichen Handlung schwere wirtschaftliche Belastungen für das Kind resultieren, die über den Eintritt der Volljährigkeit wesentlich hinausdauern und den Aufbau einer

eigenständigen wirtschaftlichen Existenz verhindern – hier scheitert die elterliche Vertretungsmacht *ex lege* am *Persönlichkeitsrecht des Kindes* gem Art 2 iVm Art 1 GG (BVerfG NJW 1986, 1859 [oben Rz 1]; dazu K SCHMIDT DB 1986, 1238, 1241 ff; PARDEY FamRZ 1988, 460 ff; MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 24).

5 2. Normentwicklung

Die ursprüngliche Normfassung ist durch das GleichberG zunächst insofern geändert worden, als sie beide Eltern einbezog und dem Wegfall der väterlichen Nutznießung am Kindesvermögen Rechnung trug. Das SorgeRG hat die bisher in den §§ 1667–1669 geregelten Bestimmungen im jetzigen § 1667 zusammengefaßt und im wesentlichen drei sachliche Änderungen gebracht: (1) Schutzmaßnahmen können jetzt schon bei nur **drohenden Pflichtverletzungen** der Eltern getroffen werden (s Rz 2, 10); (2) die nach früherem Recht vorgesehene **Stufenfolge** der Schutzmaßnahmen, insbes die Subsidiarität des Entzugs der Vermögenssorge wurde **aufgegeben** (s Rz 13); (3) bisher schon praktizierte, aber gesetzlich nicht geregelte Schutzmaßnahmen sind in Abs 3 S 1 gesetzlich übernommen worden.

6 3. Abgrenzung zu §§ 1671, 1672, 1696

Die Abgrenzung zur familiengerichtlichen Zuständigkeit nach den vorgenannten Vorschriften folgt den zu § 1666 dargelegten Grundsätzen (dort Rz 37 ff). Dabei ist § 1671 Abs 4 S 2 zu beachten – ist dem nach §§ 1671, 1672 allein sorgeberechtigten Elternteil nur die Vermögenssorge zu entziehen, fällt dies nach hM unter die vorrangige Änderungskompetenz des FamG (§§ 1696 iVm 1671 Abs 4 S 2), wenn die Vermögenssorge dem anderen Elternteil übertragen werden soll. Das gleiche gilt (sogar bei teilweisem Entzug der Vermögenssorge), wenn die Befugnisse nicht auf den anderen Elternteil, sondern auf einen Pfleger übertragen werden sollen (§§ 1696 iVm 1671 Abs 5). Nach Sorgerechtsübertragungen auf einen Elternteil bleibt Raum für vormundschaftsgerichtliche Eingriffe also nur hinsichtlich von Anordnungen, die das Familiengericht nicht treffen kann, insbes Maßnahmen nach Abs 2 bis 4 sowie teilweisen Sorgerechtsentzug nach Abs 5, wenn die entsprechenden Befugnisse dem anderen Elternteil entspr § 1680 Abs 1 S 2 übertragen werden sollen.

7 II. Tatbestandliche Voraussetzungen

Voraussetzungen für vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen sind: (1) Gefährdung des Kindesvermögens; (2) alternativ elterliche Pflichtverletzung, drohende elterliche Pflichtverletzung oder elterlicher Vermögensverfall; (3) Kausalzusammenhang zwischen (1) und (2). Die Bejahung dieser Voraussetzungen liegt nicht im Ermessen des VormG (so KG Recht 1923, Nr 1355; BayObLGZ 1957, 315, 316; FamRZ 1977, 144, 147; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3), vielmehr handelt es sich um *unbestimmte Rechtsbegriffe*, die in der Rechtsbeschwerdeinstanz voll überprüfbar sind (BayObLG ZBJugR 1983, 302, 307).

8 1. Kindesvermögen

Das Kindesvermögen muß der Vermögenssorge der Eltern unterliegen (vgl § 1638 Rz 1; bei Übergriffen der Eltern in ihrer Verwaltung nicht unterliegendes Vermögen allgemein-zivilrechtlicher Rechtsschutz). Es umfaßt neben Sach- und Barvermögen sowie anfallenden Zinsen (BayObLG FamRZ 1989, 1215, 1216) auch Forderungen

gen (einschl Schmerzensgeld, KG JFG 22, 174, 176) einschl solcher, die sich gegen die Eltern selbst richten (vgl BayObLG FamRZ 1982, 640 [Vermächtnisansprüche]); Zurückhaltung ist jedoch hinsichtlich der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen gegen den überlebenden Elternteil geboten (BayObLGZ 1963, 132 = FamRZ 1963, 578 [kann interessenwidrig sein]). Zum Vermögen gehören jedoch nicht Unterhaltsansprüche des Kindes (vgl § 1666 Abs 3; zum Vermögensbegriff BRÜGGEMANN ZBlJugR 1980, 53, 54–58). Das *Vorhandensein* von Kindesvermögen ist Voraussetzung für Maßnahmen nach § 1667 und von Amts wegen zu ermitteln (§ 12 FGG), „auf Verdacht“ kann auch nicht ein Vermögensverzeichnis verlangt werden (LG Münster DAVorm 1981, 604).

2. Gefährdung durch elterliche Pflichtverletzung

9

Gefährdung meint die *Wahrscheinlichkeit künftigen Schadenseintritts*. Sie muß gegenwärtig sein, die bloße Möglichkeit künftiger Gefahr reicht ebenso wenig (BayObLG DAVorm 1989, 153, 156; OLG Frankfurt NJW 1953, 67) wie eine frühere Gefährdung (KG KGJ 38, A 23). Das der Vermögenssorge grundsätzlich unterliegende Vermögen muß nicht unbedingt schon tatsächlich übernommen sein (KG RJA 8, 90, 92). Ob eine Gefährdung besteht, ist unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalls (BayObLG aaO) sowie des verfassungsrechtlichen Ermessensspielraums der Eltern (Art 6 Abs 2 S 1 GG; vgl Vorbem 1 zu §§ 1638 bis 1664 und unten Rz 11) zu beurteilen.

Die **elterlichen Pflichten**, auf deren Verletzung die Gefährdung beruhen muß, ergeben sich vor allem aus §§ **1639 bis 1649**. In Betracht kommen insbesondere die Verminderung oder der ordnungswidrige Verbrauch des Kindesvermögens (BayObLG DAVorm 1989, 153, 156), etwa zum Zwecke der Tilgung eigener Schulden (BayObLG FamRZ 1989, 1215, 1216; FamRZ 1977, 144, 147: Aber genaue Prüfung, ob nicht diesbezügliche Erstattungsansprüche der Eltern gegen das Kind, etwa aus § 1648) oder zum Eigenerwerb von Gegenständen (vgl § 1646 Rz 5) oder für das eigene Geschäft (OLG Frankfurt FamRZ 1963, 453). Weiterhin zählt hierher die pflichtwidrige Verwendung der Vermögenseinkünfte (vgl § 1649; BayObLG ZBlJugR 1983, 302, 307), die Nichterfüllung oder -sicherstellung von Vermächtnisansprüchen des Kindes gegen den Elternteil selbst (BayObLG FamRZ 1982, 640) oder die Nichtnutzung üblicher Möglichkeiten der Vermögensmehrung (vgl § 1642; BayObLG FamRZ 1983, 528, 530: Nichtanlage von Geld, Nichtvermietung von Grundstücken, Unterlassung zulässiger und angemessener Mieterhöhung für dem Kind gehörende Wohnung, Nichterstellung einer Heizkostenrechnung; s § 1642 Rz 15). Eine Pflichtverletzung kann auch darin liegen, daß die Eltern bei der Anlage von Kindesvermögen gleichermaßen risikobereit sind wie bei eigenem Vermögen (vgl § 1642 Rz 7), daß sie ein Erwerbsgeschäft im Namen des Kindes ohne Genehmigung des VormG beginnen (vgl § 1645; JAUERNIG-SCHLECHTRIEM § 1645 Anm 1; sachliche Vermögensgefährdung muß jedoch hinzutreten) oder daß sie einen Schadenersatzprozeß für das Kind nachlässig führen (KG JFG 22, 174, 177; vgl noch Rz 16, 17). Pflichtwidrig ist auch die Ablehnung der Vermögensverwaltung schlechthin (BayObLG DAVorm 1989, 153, 157: Noch keine Pflichtwidrigkeit, wenn Elternteil die Kindeserbschaft im Hinblick auf vom Kind beantragten Sorgerechtsentzug einstweilen beim Rechtsanwalt als Treuhänder beläßt und nicht anlegt).

Es genügt, wenn eine **Pflichtverletzung nur droht**, selbst wenn es bisher noch nicht **10** zu Verletzungen gekommen ist (BayObLG ZBlJugR 1983, 302, 307 [etwa mangels Gelegenheit]). In diesem Fall liegt nicht nur der befürchtete Schadenseintritt in der Zukunft, sondern auch schon die ursächliche pflichtwidrige Handlungsweise der

Eltern (vgl oben Rz 2) – Unterstellungen und Vermutungen dürfen aber deshalb nicht an die Stelle konkreter Gefährdungsfeststellung durch das Gericht treten (vgl entspr Befürchtungen der Ausschlußminderheit, BT-Drucks 8/2788 S 30, 60 f). Unstimmigkeiten und Zerwürfnisse zwischen Eltern und Kind begründen allein noch nicht die Besorgnis von Pflichtverletzungen (BayObLG DAVorm 1989, 153, 157; LG in BayObLG FamRZ 1983, 528, 529). Anders aber bei persönlicher Labilität der Eltern (Alkohol, psychische Probleme) und beengten wirtschaftlichen Verhältnissen, aus denen sich die Versuchung zu Übergriffen auf das Kindesvermögen ergibt (BayObLG ZBIJugR 1983, 302, 307).

- 11 **Elterliche Schuld** ist stets **unerheblich** (BayObLG FamRZ 1989, 1215, 1216; ZBIJugR 1983, 302, 307; FamRZ 1977, 144, 146). Nicht jede (drohende oder schon begangene) **Pflichtverletzung** führt zur **Vermögensgefährdung** (Rz 9), dieses Merkmal ist stets kumulativ festzustellen. Liegen Pflichtverletzung und Vermögensgefährdung hingegen vor, so soll die *Geringfügigkeit* ersterer vormundschaftsgerichtlichen Maßnahmen nicht entgegenstehen, *jeder Fehler, jede Nachlässigkeit* der Eltern soll für § 1667 genügen (BayObLG FamRZ 1983, 528, 529 f). Hier scheint eine Diskrepanz zu § 1666 zu liegen: Hinsichtlich seines *persönlichen Wohls* hat das Kind keinen Anspruch auf „optimale Entwicklung“ (§ 1666 Rz 67), mindere Pflichtverletzungen der Eltern bleiben sanktionslos (§ 1666 Rz 7). Auch im Rahmen von § 1666 Abs 3 genügen kleinere Unterhaltspflichtverletzungen nicht (§ 1666 Rz 151).

Geht man davon aus, daß die Abgrenzung elterlicher und staatlicher Kompetenz in Art 6 Abs 2 für Personen- wie Vermögenssorge gleichermaßen gilt (Rz 1), müßte dies auch auf die vorerwähnten Grundsätze zutreffen (so im Ergebnis die Vorinstanz zu BayObLG aaO). Das **entscheidende Abgrenzungskriterium** ist dabei nicht die elterliche Pflichtverletzung, sondern die **Beeinträchtigung der Kindesinteressen**: „Mindere“ und damit noch sanktionslose Pflichtverletzungen im Bereich des persönlichen Kindeswohls sind solche, die noch keine erhebliche Gefährdung des Kindes herbeiführen (vgl § 1666 Rz 7, 23, 67). Bei vorhandener Gefährdung kommt es umgekehrt auf elterliche Pflichtverletzung nicht an (§ 1666 Rz 20). Entsprechendes gilt im Bereich des § 1667: Ob eine Pflichtverletzung der Eltern zu vermögensschützenden gerichtlichen Maßnahmen führt, hängt nicht von ihrer Schwere ab, sondern davon, ob sie zu einer *Vermögensgefährdung* des Kindes führen (Rz 9). Unter diesem Aspekt erweist sich die Auffassung des BayObLG als richtig, §§ 1666, 1667 beruhen auf einem gemeinsamen, in Art 6 Abs 2 GG wurzelnden dogmatischen Konzept.

12 3. Gefährdung durch elterlichen Vermögensverfall

Elterlicher Vermögensverfall führt tendenziell zur Gefährdung des Kindesvermögens, weil elterliche Übergriffe oder Zugriffe von Gläubigern der Eltern drohen. Aus § 1670 ist zu folgern, daß Vermögensverfall iSv Abs 1 auch schon vor Konkursreife eintreten kann. Gemeint ist der *fortgeschrittene und weiter fortschreitende Abbau des elterlichen Vermögens mit der konkreten Möglichkeit der Überschuldung* (vgl BayObLG FamRZ 1979, 71; KG RJA 8, 90; JFG 15, 18; LG Münster DAVorm 1981, 604). Anhaltspunkte sind offenbare Zahlungsschwierigkeiten, fruchtlose Zwangsvollstreckung, eidesstattliche Versicherung nach § 807 ZPO (BayObLG FamRZ 1989, 1215, 1216; LG Münster aaO), Wechselproteste, die Ablehnung der von Dritten beantragten Konkurseröffnung mangels Masse (MÜLLER JR 1960, 330) oder die Eröffnung des Vergleichsverfahrens (BT-Drucks 7/2060 S 31; s § 1670 Rz 2). Nur *drohender* Vermögensverfall genügt (anders als bei elterlicher Pflichtverletzung) *nicht* (KG KGJ 33, A 29; BRÜGGEMANN ZBIJugR 1980, 53, 68). Anderer-

seits kann der Vermögensverfall im Moment, in dem das Kind Vermögen erwirbt, schon länger bestehen (KG RJA 8, 90). Auch reicht es aus, wenn die vorstehenden Voraussetzungen nur hinsichtlich des Vermögens *eines* von zwei sorgeberechtigten Elternteilen vorliegen (SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; vgl aber Rz 31).

Die *Ursachen* des Vermögensverfalls sind unerheblich, weder elterliche Schuld noch überhaupt ein Kausalbeitrag ihrerseits ist erforderlich. Eine durch den Vermögensverfall verursachte Gefährdung des Kindesvermögens ist stets gesondert konkret festzustellen.

III. Maßnahmen des VormG

1. Allgemeines

13

Die nach altem Recht vorgeschriebene *Stufenfolge vormundschaftsgerichtlicher Maßnahmen* (Vorausf. Rz 16; vgl noch BayObLG FamRZ 1979, 71, 73) ist durch das SorgeRG *aufgegeben* worden, sie war zu umständlich und stand effektivem Kinderschutz entgegen (BT-Drucks 8/2788 S 60). Die nach Abs 1 bis 5 möglichen Maßnahmen stehen nunmehr selbständig nebeneinander; welche im Einzelfall ergriffen wird, richtet sich allein nach dem Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit (BT-Drucks 7/2060 S 30). Wenn notwendig, können demnach auch mehrere Maßnahmen gleichzeitig angeordnet (zB Rechnungslegung und Sicherheitsleistung; SOERGEL-STRÄTZ Rz 4) oder sofort die gesamte Vermögenssorge entzogen werden (BT-Drucks 8/2788 S 60; unten Rz 29).

Der schon bisher gültige **Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit** 14 beherrscht also nunmehr unbeschränkt die Auswahl der zu treffenden Maßnahmen (zum früheren Recht Mot IV § 1547 S 810; KG JFG 15, 18, 19; 22, 174, 177 f; OLG Neustadt adW MDR 1955, 479, 480; OLG Celle NdsRPfl 1971, 130; BayObLG FamRZ 1977, 144, 146; FamRZ 1979, 71, 73). Demgemäß muß eine Maßnahme *geeignet* sein; sie ist es nicht, wenn sie (etwa wegen Uneinsichtigkeit der Eltern) von vornherein keinen Erfolg verspricht (KG JFG 22, 174, 179; BayObLG FamRZ 1979, 71, 73) oder elterliche Pflichtwidrigkeiten nur teilweise verhindert (BayObLG ZBJugR 1983, 302, 307). Weiterhin müssen Maßnahmen *erforderlich* sein. Hieran fehlt es, wenn noch unklar ist, ob überhaupt Kindesvermögen vorhanden ist (LG Münster DAVorm 1981, 604, vgl Rz 8). Andererseits sind erforderliche mildere Maßnahmen von Amts wegen auch dann zu erwägen und anzuordnen, wenn sich die begehrte weitergehende Maßnahme (zB Entzug der Vermögenssorge) als nicht gerechtfertigt erweist; eine gänzliche Ablehnung gerichtlichen Einschreitens ist in diesem Fall nur zulässig, wenn der Tatbestand des § 1667 nicht erfüllt ist (BayObLG FamRZ 1983, 528, 530).

Die Maßnahmen müssen schließlich *verhältnismäßig* sein, dh dem Kindesinteresse insgesamt dienen. Dies bedarf sorgfältiger Prüfung, etwa, wenn es um Pflichtteilsansprüche des Kindes gegen den überlebenden Elternteil und Inhaber der elterlichen Sorge geht (BayObLGZ 1963, 132 = FamRZ 1963, 578, s Rz 8). Auch das persönliche Wohl des Kindes ist dabei in die Abwägung mit einzubeziehen (zB ungestörtes Eltern-Kind-Verhältnis).

Der Maßnahmenkatalog in Abs 2–5 ist **nicht abschließend**. Die Einleitung des 15 Katalogs in § 1667 Abs 2 aF mit dem Wort „insbesondere“ ist zwar entfallen und der Katalog in Abs 2–5 sachlich erweitert. Dennoch bleiben auch nach der Neufassung gesetzlich nicht aufgeführte Maßnahmen sinnvoll und zulässig. Nach BT-Drucks 7/2060 (S 30) steht auch **Abs 1** selbständig neben den übrigen Absätzen, er ist als übergreifende Generalermächtigung für alle erforderlichen Maßnahmen zu

verstehen (vgl auch BELCHAUS Rz 3; MünchKomm-HINZ Rz 10; PALANDT-DIEDE-
RICHSSEN Rz 7; SOERGEL-STRÄTZ Rz 4).

- 16** Immerhin müssen aber auch sonstige Maßnahmen mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Einklang stehen. Als *zulässig* kommen insoweit in Betracht: Die Auflage, den Erlös für den Verkauf eines Grundstücks des Kindes bei Gericht zu hinterlegen (BayObLG Recht 1916 Nr 1538). Den Eltern kann auch geboten werden, einen geeigneten Prozeßbevollmächtigten für das Kind zu bestellen, um nachlässiger Prozeßführung durch die sorgeberechtigten Eltern entgegenzuwirken (KG JFG 22, 174, 179 f).
- 17** *Unzulässig* wäre hingegen das Gebot, Klage im Namen des Kindes zu erheben (KG JW 1937, 2042). Scheint eine Klageerhebung im Vermögensinteresse der Kinder zu liegen, ist vielmehr das Vertretungsrecht insoweit den Eltern gem § 1629 Abs 2 S 2 iVm § 1796 den Eltern zu entziehen und einem Pfleger zu übertragen. Die Bestellung eines generellen „*Überwachungspflegers*“ neben den weiterhin sorgeberechtigten Eltern soll nach älteren Entscheidungen nicht möglich sein: Ein Erziehungsbeistand nach §§ 1685, 1690 könne nur auf elterlichen Antrag gestellt werden, im übrigen sei die Figur eines neben den Eltern stehenden und sie kontrollierenden Pflegers dem BGB unbekannt (KG KGJ 35 A 9 ff, 11 f; OLG Neustadt MDR 1955, 479, 480). Läßt man hingegen die Aufsichtspflegschaft im Bereich der Personensorge zu (§ 1666 Rz 138; § 1671 Rz 194, 195), so muß sie aus den gleichen Gründen auch bei der Vermögenssorge *zulässig* sein. Hierfür spricht vor allem das Gebot des geringstmöglichen Eingriffs (Rz 14). Eine aktuelle *Gefährdung* des Kindesvermögens ist allerdings stets erforderlich.
- 18** Nicht auf der Grundlage des § 1667, wohl aber ergänzend dazu ist der Erlaß eines **dinglichen Arrests** in das Vermögen der Eltern gem § 916 ff ZPO möglich, wenn zum Kindesvermögen eine Forderung gegen die Eltern gehört und Besorgnis der Vermögensbeseitigung oder Vollstreckungsvereitelung besteht (RG JW 1907, 203; MünchKomm-HINZ Rz 18).

19 2. Vermögensverzeichnis, Rechnungslegung (Abs 2)

Das VormG kann die Einreichung eines **Vermögensverzeichnisses** von beiden Elternteilen verlangen, auch wenn nur ein Elternteil die mit der Vermögensverwaltung verbundenen Pflichten verletzt hat oder in Vermögensverfall geraten ist; im Interesse effektiven Kindesschutzes ist dem anderen Elternteil diese Regelung zuzumuten (SOERGEL-STRÄTZ Rz 6). Das VormG hat zu bestimmen, in welchem Umfang das Vermögensverzeichnis einzureichen ist, es kann auf bestimmte Teile des Kindesvermögens beschränkt werden. Ein Verzeichnis des eigenen Vermögens der Eltern oder des Gesamtguts bei fortgesetzter Gütergemeinschaft kann von den Eltern hingegen nicht verlangt werden (BayObLGZ 22, A 29).

Ein Vermögensverzeichnis kann nicht schon dann angeordnet werden, wenn unklar ist, ob überhaupt Kindesvermögen vorhanden ist (LG Münster DAVorm 1981, 604, s Rz 8). Die vormundschaftsgerichtliche Anordnung kommt aber in Betracht, wenn in den Fällen des § 1640 Abs 2 die gesetzliche Verzeichnispflicht entfällt, aber eine Gefährdung des Kindesvermögens droht (vgl § 1640 Rz 30 aE). Hinsichtlich der Modalitäten der Anordnung ie vgl Abs 2 S 2 (sowie § 1640 Rz 16–18). Haben die Eltern schon auf Grund anderer Vorschriften ein Verzeichnis eingereicht, so beschränkt sich die Verpflichtung auf die Ergänzung des früheren Verzeichnisses.

Die Einreichung kann durch Zwangsgeld erzwungen werden nach § 33 FGG, notfalls kann das Gericht ein öffentliches Verzeichnis gem Abs 2 S 3 anordnen

(dazu § 1640 Rz 28–30). Diese Anordnung setzt die Prüfung voraus, ob sie angesichts der Haltung der Eltern überhaupt sinnvoll und durchführbar ist.

Das VormG kann ferner anordnen, daß der das Kindesvermögen gefährdende 20 Elternteil über die Verwaltung des Vermögens des Kindes **Rechnung legt**. Es kann eine einmalige oder eine regelmäßige Rechnungslegung gefordert werden, wenn dies zum Schutze des Kindesvermögens notwendig ist (hinsichtlich der Einzelheiten der Rechnungslegung sind §§ 1840ff entspr anzuwenden; s auch BIRKENFELD FamRZ 1976, 197 ff).

3. Anlagebestimmung, Sicherungsmaßnahmen (Abs 3)

21

Die Maßnahmen des Abs 3 S 1 sind durch das SorgeRG neu aufgenommen worden. Hinsichtlich der **Anlage von Kindesvermögen** sind die Eltern seit dem SorgeRG vom Gebot mündelsicherer Anlegung befreit, sie müssen sich nur im Rahmen einer „wirtschaftlichen Vermögensverwaltung“ halten, § 1642 (s Erl dort). § 1667 Abs 3 S 1 erlaubt konsequent vormundschaftsgerichtliche Anlagebestimmungen, soweit die Eltern ihrer Pflicht aus § 1642 nicht genügen und dadurch eine Gefährdung des Kindesvermögens herbeiführen. Dabei ist auch das Gericht nicht an die Anlageformen der §§ 1807, 1808 gebunden, obwohl eine Anlehnung hieran aus Sicherheitsgründen empfehlenswert ist.

Weiterhin kann nach Abs 3 S 1 angeordnet werden, daß die **Abhebung** (insbes von 22 Bankkonten des Kindes) nur **mit Genehmigung des VormG** erfolgen kann (**Sperrvermerk**). Diese Maßnahme bietet sich an, wenn pflichtwidriger Eigenverbrauch des Kindesguthabens durch die Eltern zu befürchten steht, sie war bereits vor dem SorgeRG als außergesetzliche Sicherungsmaßnahme von den Gerichten praktiziert worden (KG JFG 15, 18, 20; JW 1932, 1387 [LS]; OLG Neustadt adW MDR 1955, 479, 480; BayObLG FamRZ 1977, 144 ff; FamRZ 1979, 71, 72). Unklar ist der Vollzug der Anordnung: Nach früher herrschender Auffassung konnte sie nur als Auflage an die sorgeberechtigten Eltern ergehen, ein unmittelbarer Eingriff des VormG in das Rechtsverhältnis zwischen Geldinstitut und Kontoinhaber wurde für ausgeschlossen erachtet. Vielmehr wurde es als Aufgabe des VormG angesehen, die Ausführung seiner Anordnung durch die Eltern zu überwachen, ggf eine Frist zu setzen und Erzwingungsmaßnahmen nach § 33 FGG zu ergreifen (BayObLG FamRZ 1977, 144, 146; FamRZ 1979, 71, 73). Nach der Sorgerechtsreform erscheint hingegen die Auffassung zutreffender, wonach der Sperrvermerk **mit unmittelbarer Wirkung gegenüber dem Geldinstitut** angeordnet werden kann (Münch-Komm-HINZ Rz 14; SOERGEL-STRÄTZ Rz 7). Das legt erstens schon der Gesetzeswortlaut selbst nahe; die Formulierung des Abs 3 S 1 erhält besonderes Gewicht im Kontrast zu § 1809 betr die Anlegung durch einen Vormund. Zweitens hat das SorgeRG die unmittelbaren Handlungsmöglichkeiten des VormG im Interesse des Kindes auch sonst erweitert (§§ 1631 a Abs 2 S 2; 1666 Abs 1 S 2, Abs 2; 1667 Abs 4 S 3). Schließlich steht eine unmittelbare Anordnungscompetenz des VormG auch rechtspolitisch im Einklang mit dem erklärten Ziel des SorgeRG, den Vermögensschutz des Kindes effektiver zu gestalten (BT-Drucks 7/2060 S 30; 8/2788 S 60).

Hinsichtlich der Verwaltung von **Kostbarkeiten, Wertpapieren und Buchforderun-** 23 **gen** gegen den Bund oder ein Land kann das VormG gem Abs 3 S 2 (= Abs 2 S 4 aF) den Eltern die Bindungen auferlegen, die einem Vormund kraft Gesetzes obliegen (zB Hinterlegung, Umschreibung von Inhaberpapieren auf den Namen des Kindes oÄ, vgl ie §§ 1814–1820).

4. Sicherheitsleistung (Abs 4)

24 a) Allgemeines

Abs 4 stellt nur eine Konsolidierung früherer Regelungen dar (§§ 1668 Abs 1, Abs 2 S 1, 1669 S 2) und hat die materielle Rechtslage nicht verändert. Die Leistung von Sicherheit aus dem Elternvermögen hat den Zweck, den Eltern trotz der bestehenden Gefährdung des Kindesvermögens ihre diesbezügliche Dispositionsfreiheit belassen zu können, also sonst gebotene Eingriffe nach Abs 1–3, 5 verzichtbar zu machen. Das Schadensrisiko wird vom Kind dadurch auf die Eltern verlagert, daß sie die Haftungsmasse für etwaige Schadensersatzansprüche des Kindes schon jetzt bereitstellen.

25 Die Anordnung der Sicherheitsleistung ist dann kein geeignetes Mittel zur Gefahrabwendung (vgl Rz 14), wenn die Eltern offensichtlich unwillens oder unfähig zu ihrer Erbringung sind (MünchKomm-HINZ Rz 17; SOERGEL-STRÄTZ Rz 8; anders noch im Hinblick auf die vor 1979 vorgeschriebene Stufenfolge von Maßnahmen KG RJA 8, 90, 92; JFG 15, 18, 19). Erscheint die Anordnung hingegen im Einzelfall erfolgversprechend, hat sie als milderes Mittel Vorrang gegenüber einem sonst notwendigen Entzug der Vermögenssorge nach Abs 5 oder auch einer Überwachungspflegschaft (Rz 17). Mit anderen Maßnahmen (Abs 1–3) kann die Sicherheitsleistung uU verbunden werden.

26 Da die Sicherheitsleistung aus dem Eigenvermögen der Eltern zu erbringen ist, scheidet unmittelbarer vormundschaftsgerichtlicher *Zwang* insoweit aus. Druck auf die Eltern kann nur mittels Androhung eines sonst erforderlichen Entzugs der Vermögenssorge ausgeübt werden, Abs 4 S 4 (unanwendbar also § 33 FGG; auch die entspr Anwendung von § 54 FGG scheidet aus, BayObLG FamRZ 1977, 144, 146; MünchKomm-HINZ Rz 21; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 13, 14; SOERGEL-STRÄTZ Rz 8).

27 b) Einzelheiten

Art und Umfang der Sicherheitsleistung bestimmt das VormG nach pflichtgemäßem Ermessen. An §§ 232 ff ist es nicht gebunden, es kann die dortigen Vorschriften jedoch zum Anhaltspunkt nehmen. Leitendes Kriterium ist das Interesse des Kindes und die konkrete Schutznotwendigkeit, dh das drohende Schadenspotential. Auch die Leistungsfähigkeit und besonderen Leistungsmöglichkeiten der Eltern sind zu berücksichtigen (etwa Hypothekensicherung statt Geldleistung, wenn dies die Eltern weniger belastet), niemals aber zum Nachteil der Kindesinteressen (KG JFG 15, 18, 20f). Bei dinglichen Sicherungen kommt es auf deren Sicherungswert an, insbes bei Grundpfandrechten auf die Rangstelle. Ist diese nicht absolut sicher, bedarf es sorgfältiger vormundschaftsgerichtlicher Wertprüfung (KG aaO 22).

28 **Bestellung, Änderung und Aufhebung** der Sicherheitsleistung fallen in die Handlungskompetenz der Eltern. Soweit eine Mitwirkung des Kindes erforderlich ist, erspart Abs 4 S 3 die sonst notwendige Bestellung eines Pflegers zur Kindesvertretung (§§ 181, 1629 Abs 2 S 1 iVm 1795): Das VormG handelt unmittelbar in Vertretung des Kindes (vgl oben Rz 22). Hierdurch wird das Verfahren der Sicherheitsleistung vereinfacht und beschleunigt sowie der Entschluß für die Sicherheitsleistung den Eltern erleichtert (vgl Kosten, Abs 6). Daß Abs 4 S 3 auch für *Änderungen* einer erbrachten Sicherheitsleistung gilt (zB Austausch, Erhöhung, Minderung), ergibt sich aus einem Vergleich mit § 1844 Abs 2 und aus dem Normzweck (es liegt wohl ein Redaktionsversehen vor, SOERGEL-STRÄTZ Rz 9). Kein unmittelbares Eintrittsrecht des VormG iSv Abs 4 S 3 besteht hingegen bei von den Eltern

freiwillig oder auf vertraglicher Grundlage bestellten Sicherheiten (PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 15; MünchKomm-HINZ Rz 20).

5. Entzug der Vermögenssorge (Abs 5)

a) Grundsätze

29

Die Entziehung der Vermögenssorge ist auch nach Wegfall der Stufenfolge vorwundtschaftsgerichtlicher Maßnahmen der einschneidendste und damit – im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips – **der äußerste Eingriff** (BT-Drucks 8/2788 S 60; BayObLG FamRZ 1977, 144, 146; 1979, 71, 73; 1986, 480, 481; DAVorm 1989, 153, 156). *Teilweiser Entzug* ist deshalb zulässig und vorrangig (etwaige Beschränkung auf einzelne Vermögensgegenstände, auf die die Gefährdung begrenzt ist, vgl BayObLG FamRZ 1982, 640 [Geltendmachung von Vermächtnisansprüchen]; FamRZ 1983, 528, 530 [Verwaltung einer Mietwohnung]; FamRZ 1986, 480, 481 f)). Auch andere mildere Mittel gem Abs 1–4 sind vorzuziehen; verweigern die Eltern zB beharrlich die Einreichung eines Vermögensverzeichnisses, so ist – wenn dies nicht konkret als unzumutbar erscheint – vor einem Entzug zunächst ein öffentliches Verzeichnis (Abs 2 S 3) anzuordnen (LG Münster DAVorm 1981, 604). Andererseits kann nunmehr ein Entzug uU auch sofort erfolgen, wenn dies sich als geboten erweist (BT-Drucks aaO). Auch ist ein Entzug gerechtfertigt, wenn die Gefährdung durch mildere Mittel nur zT beseitigt werden könnte (BayObLG ZBJugR 1983, 302, 307 [Anlagebestimmung nach Abs 3 sichert nicht pflichtgemäße Verwendung der Kindes Einkünfte]).

Eine **vorherige Androhung** der Entziehung ist aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip **30** regelmäßig geboten (vgl auch Abs 4 S 4); es bedarf ihrer jedoch nicht, wenn dadurch ein effektiver Schutz des Kindesvermögens gefährdet würde (SOERGEL-STRÄTZ Rz 10; zur entspr Diskussion bei § 1640 Abs 4 s § 1640 Rz 32 mwN; es ist in derartigen Fällen auch an Entzug durch vorläufige Anordnung zu denken). Elterliche Zustimmung zum Entzug rechtfertigt diesen noch nicht, da die Vermögenssorge als Teil der elterlichen Sorge unverzichtbar ist (BayObLG DAVorm 1989, 153, 156; OLG Neustadt adW MDR 1955, 479, 480; vgl Vorbem 6 zu §§ 1638–1664; Erl zu § 1626).

Die Vermögenssorge kann immer nur demjenigen Elternteil entzogen werden, in **31** dessen Person die tatbestandlichen Voraussetzungen des Abs 1 vorliegen. Allerdings trifft bei gemeinsamem Sorgerecht jeden Elternteil eine Überwachungs- und Schutzpflicht bezüglich Kindesgefährdungen durch den anderen Elternteil, so daß bei Versäumung dieser Pflicht auch ein Entzug beim zweiten sorgeberechtigten Elternteil in Betracht kommt (MünchKomm-HINZ Rz 24).

b) Folgen der Entziehung

32

Wird einem der gemeinsam sorgeberechtigten Eltern die Vermögenssorge ganz oder teilweise entzogen, richten sich die Folgen hinsichtlich des anderen Elternteiles nach § 1680 Abs 1 S 1, 2 (für Trennungs- und Scheidungsfälle oben Rz 6). Eine „abweichende Entscheidung“ nach § 1680 Abs 1 S 2 kann bei Säumnissen in der Überwachung (vorstehend Rz 31) an die Stelle eines ausdrücklichen Entzugs gem Abs 5 auch bei diesem Elternteil treten (MünchKomm-HINZ Rz 24). Wird die Vermögenssorge wegen Vermögensverfalls nur bei einem Elternteil diesem entzogen, sollte § 1680 Abs 1 S 3, 4 entspr angewendet werden.

Scheidet demnach auch der andere Elternteil als Inhaber der Vermögenssorge aus oder ist sie von vornherein beiden Elternteilen zu entziehen, ist ein *Pfleger* zu bestellen, § 1909.

Im übrigen ergeben sich die Folgen einer Entziehung aus § 1698 (Herausgabe des Kindesvermögens und Rechnungslegung, s Erl dort), die Verwendungsbefugnis gem § 1649 Abs 2 entfällt (§ 1649 Rz 37).

33 IV. Zur Dauer und Änderung von Maßnahmen nach § 1667 gilt § 1696 Abs 1–3 (dazu Erl dort und § 1666 Rz 169).

34 V. Die Kosten der nach § 1667 veranlaßten Maßnahmen trägt nach Abs 6 derjenige Elternteil, der sie (durch Pflichtverletzung oder Vermögensverfall) verursacht hat. Kostenersatz vom Kind (etwa nach § 1648) kann nicht verlangt werden (zu den davon zu unterscheidenden Kosten des Verfahrens unten Rz 39).

VI. Zuständigkeit und Verfahren

35 1. Zuständigkeit

Die *örtliche* Zuständigkeit folgt aus §§ 43, 36 FGG. *Funktionell* sind Maßnahmen nach § 1667 dem *Rechtspfleger* zugewiesen (§ 3 Nr 2 a RPflG; im Richtervorbehalt des § 14 Nr 8 RPflG ist § 1667 nicht genannt). Diese gesetzliche Zuweisung ist, jedenfalls soweit Entzug der Vermögenssorge nach Abs 5 betroffen ist, rechtspolitisch verfehlt und überdies systemwidrig, wie HINZ (in MünchKomm Rz 30) überzeugend nachgewiesen hat. Da Folgeentscheidungen nach § 1680 Abs 1 S 2 und Abs 2 dem Richter vorbehalten sind (§ 14 Nr 15 RPflG), hat der Rechtspfleger in Fällen, in denen ein Entzug der Vermögenssorge in Betracht kommt, die Angelegenheit wegen engen Sachzusammenhangs (§ 5 Abs 1 Nr 4 RPflG) dem Richter vorzulegen. Dieser kann die Sache zurückgeben (§ 5 Abs 2 S 2 RPflG), wenn er eine eigene Entscheidung iSd § 1680 Abs 1 S 2 für nicht erforderlich hält (es also bei der gesetzlichen Regelung des § 1680 Abs 1 S 1 bleibt). Muß aber gem § 1680 Abs 1 S 2 oder Abs 2 entschieden werden, hat der Richter auch schon die Vorentscheidung nach § 1667 Abs 5 selbst zu treffen, weil beide Entscheidungen inhaltlich zusammenhängen und gleichzeitig ergehen müssen (vgl BayObLG NJW 1962, 2204).

36 2. Verfahren

Für das vormundschaftsgerichtliche Verfahren (einschl *vorläufiger Anordnungen*) gelten im wesentlichen die zu § 1666 dargelegten Grundsätze (§ 1666 Rz 153 ff). Aus der **Amtsermittlungspflicht** (§ 12 FGG; BayObLG FamRZ 1977, 144, 145) folgt, daß von Amts wegen die Erforderlichkeit milderer Maßnahmen geprüft werden muß, wenn der von einem Beteiligten angeregte Entzug der Vermögenssorge nicht gerechtfertigt ist (BayObLG FamRZ 1983, 528, 530). Für die **Anhörung des Kindes** ist, sofern nur seine Vermögensinteressen berührt sind, § 50 b Abs 2 S 2 FGG maßgeblich: Anhörung nur, wenn dies nach Art der Angelegenheit angezeigt erscheint (nicht anwendbar § 50 b Abs 3). Ist *auch* das persönliche Wohl betroffen, sind § 50 b Abs 1, 2 S 1 einschlägig (§ 1666 Rz 160, 161). Nach § 50 b Abs 2 S 2 kann von der Anhörung auch eines älteren Kindes abgesehen werden, wenn sachdienliche Beiträge nicht zu erwarten sind und die Erörterung das persönliche Eltern-Kind-Verhältnis belasten würde (BayObLG FamRZ 1982, 640).

Die **Anhörung der Eltern** (§ 50 a FGG) kann sich, wenn es darauf ankommt, auch auf ihre eigenen Vermögens- und Einkommensverhältnisse erstrecken (zB bei Vermögensverfall, fraglichen Pflichtverletzungen gem § 1649 Abs 2 S 1 oder Sicher-

heitsleistung). Die Anhörung kann ggf im Wege des § 33 FGG erzwungen werden (LG Münster DAVorm 1981, 604). Eine **Anhörung des Jugendamts** ist nicht zwingend vorgeschrieben (vgl § 49 Abs 1 Nr 1 Ziff f FGG).

Auch für die **Rechtsmittel** gilt grundsätzlich das gleiche wie bei § 1666. Bei der **Beschwerde** durch das Kind ist zu unterscheiden die Einlegung durch den gesetzlichen Vertreter oder aus eigenem Recht. Im ersteren Fall ist der Elternteil, in dessen Vermögenssorge eingegriffen worden ist, nicht ex lege von der Kindesvertretung ausgeschlossen – es liegen weder §§ 1629 Abs 2 S 1 m 1795 Nr 1 noch Nr 3 vor (zwar können auch FGG-Verfahren unter den Begriff des „Rechtsstreits“ fallen, aber nur, wenn sich die Beteiligten „wie Prozeßparteien“ gegenüberstehen; dies ist bei § 1667 nicht der Fall, BayObLG FamRZ 1977, 144, 145). Bei aber immerhin naheliegenden sachlichen Interessenkonflikten kann dem Elternteil gem §§ 1629 Abs 2 S 2 m 1796 die Vertretung insoweit entzogen werden (Entzug auch beim anderen Elternteil möglich, wenn dessen Befangenheit in der Verfolgung der Kindesinteressen zu befürchten ist; dann [oder mangels eines anderen sorgeberechtigten Elternteils] Pflegerbestellung, vgl MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 50).

Eine eigenständige *Beschwerdeberechtigung* des mindestens 14jährigen Kindes kann sich aus § 59 FGG ergeben, wenn nicht ausschließlich seine Vermögensinteressen, sondern auch sein persönliches Wohl betroffen ist (§ 59 Abs 1 S 1 FGG) oder auch wenn in concreto eine Anhörungspflicht aus § 50 b Abs 2 FGG folgt (§ 59 Abs 1 S 2 FGG; BayObLG FamRZ 1983, 528 f). Bei Ablehnung oder Aufhebung von Maßnahmen nach § 1667 folgt ein Beschwerderecht der Verwandten und Verschwägerten nach § 57 Abs 1 Nr 8 FGG (bei reinen Vermögensangelegenheiten kein Beschwerderecht aus § 57 Abs 1 Nr 9 FGG).

Ähnliches gilt für das Jugendamt: Es ist gem § 57 Abs 1 Nr 9 FGG beschwerdeberechtigt, wenn die Vermögensangelegenheit mittelbar auch die Personensorge betrifft oder wenigstens berührt (BayObLG FamRZ 1989, 1215, 1216 [bejahend für die Frage, ob Vermögenserträge gem § 1649 Abs 1 oder 1642 zu verwenden sind]).

Die **Durchsetzung** vormundschaftsgerichtlicher Maßnahmen erfolgt grundsätzlich nach § 33 FGG (aber Einschränkung für die Sicherheitsleistung, Abs 4 S 4, oben Rz 26, und unmittelbares Eintrittsrechts des VormG gem Abs 4 S 3 sowie beim Sperrvermerk gem Abs 2 S 1, oben Rz 22).

3. Die Kosten des Verfahrens bestimmen sich nach § 94 Abs 1 Nr 3 KostO und können vom VormG nach billigem Ermessen den Eltern auferlegt werden, § 94 Abs 3 S 2 KostO (zu den Kosten der Maßnahmen oben Rz 34).

§§ 1668, 1669

Diese Bestimmungen sind aufgehoben.

Das SorgeRG v 18. 7. 1979 (BGBl I S 1061) hat die in den früheren §§ 1667 bis 1669 enthaltenen Bestimmungen im neuen § 1667 zusammengefaßt, § 1669 aufgehoben und in einem neuen § 1668 die in § 50 Abs 1 FGG allgemein geregelte Pflicht des Gerichts zur Mitteilung an das Vormundschaftsgericht für die Fälle eines Antrags auf Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens und eines Antrags nach § 807 ZPO, der die Eltern oder einen Elternteil betrifft, konkretisiert. Diese Bestimmung wurde wieder aufgehoben durch das UÄndG v 20. 2. 1986 (BGBl I S 301).

§ 1670

Die Vermögenssorge eines Elternteils endet mit der Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen; beantragt der Elternteil selbst die Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen, so endet seine Vermögenssorge bereits mit der Stellung des Konkursantrages.

Wird das Konkursverfahren beendet oder wird der Eröffnungsantrag des Elternteils abgewiesen, so hat das Vormundschaftsgericht dem Elternteil die Vermögenssorge wieder zu übertragen, soweit dies den Vermögensinteressen des Kindes nicht widerspricht.

E I § 1553, II § 1538, III § 1624; Mot IV 816; Prot IV 638. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 1 Nr 19.

Systematische Übersicht

I. Allgemeines 1

1. Normbedeutung 1
2. Normentwicklung 3

2. Rechtsfolgen 7

- a) Beim betroffenen Elternteil 7
- b) Beim anderen Elternteil 9

II. Ende der Vermögenssorge kraft Gesetzes, Abs 1 4

1. Voraussetzungen 4
- a) Eröffnung des Konkursverfahrens 4
- b) Eigener Konkursantrag des Elternteils 6

III. Rückübertragung der Vermögenssorge, Abs 2 10

1. Grundsätze 10
2. Sorgerechtsentscheidung während des Konkursverfahrens 12
3. Zuständigkeit und Verfahren 15

Alphabetische Übersicht

Ablehnung der Konkurseröffnung mangels
Masse 2, 5, 10

Eröffnungsbeschluß 3 f

Gefährdung des Kindesvermögens 1, 5 f,
14

Grundrechte der Eltern 3, 10, 15
Gütergemeinschaft 5, 7

Herausgabe des Kindesvermögens 7

Kindesschutzsystem 4, 10

Kindesvermögen 2 f

Kindesvermögensgefährdung 1, 5 f, 14

Kindeswohl als Vermögensinteresse 3, 9 f,
14 f

Konkursantrag eines Elternteils 6

Konkurseröffnung 3 ff

Nachlaßkonkurs 5
Nichteheliches Kind 9

Pfleger 9, 12 ff
Pflichtverletzung, elterliche 10

Rechnungslegung 7
Rechtspfleger 15

Sorgerechtsentscheidung gem §§ 1671,
1672 9, 12 ff

Vergleichsverfahren 1, 5
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 10
Vermögenssorge 1, 3
– Ende derselben 1, 3, 6 ff
– Rückübertragung 3, 10 ff
Vermögensverfall 1, 8, 10
Vormund 9, 12 ff

I. Allgemeines**1 1. Normbedeutung**

Der Vorschrift liegt die *unwiderlegliche Vermutung* zugrunde, daß ein Elternteil, über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet ist oder der selbst Konkursantrag

gestellt hat, als Inhaber der Vermögenssorge das Kindesvermögen gefährden würde (GERNHUBER § 49 VIII 11: „... vom Mißtrauen getragene ratio legis“). Seine Vermögenssorge endet deshalb kraft Gesetzes (Mot 4, 816). Anders als beim Vermögensverfall im Vorfeld des Konkurses kommt es auf eine konkret festzustellende Vermögensgefährdung des Kindes nicht an (vgl § 1667 Abs 1 u dort Rz 12), auch wird die gesetzliche Wirkung nicht durch die Möglichkeiten milderer Schutzmaßnahmen im Einzelfall ausgeschlossen (zu § 1667 Abs 5 s dort Rz 29). Konkurs des Elternteils wird vom Gesetz also ähnlich wie ein rechtliches oder tatsächliches Hindernis an der Ausübung der elterlichen Sorge (§§ 1673, 1674) behandelt.

Rechtspolitisch inkonsequent erscheint die Beschränkung dieser Regelung auf den 2 Konkursfall – § 1670 ist weder anwendbar auf die Eröffnung des **Vergleichsverfahrens** (BT-Drucks 7/2060 S 31) noch bei **Ablehnung** der nicht vom Elternteil selbst beantragten Konkurseröffnung **mangels Masse** (§ 107 Abs 1 KO, unten Rz 5). Beides kann aber anders sein bei einem Einschreiten des VormG gem § 1667 (s dort Rz 12). Zur konkursrechtlichen Behandlung des Kindesvermögens im Konkurs der Eltern s Vorbem 8 zu §§ 1638–1664 (ENGLER).

2. Normentwicklung

3

Das GleichberG (Art 1 Nr 22) hatte die ursprünglich in § 1647 aF untergebrachte Regelung als § 1670 übernommen und inhaltlich auf beide Eltern ausgedehnt. Das SorgeRG, auf dem die jetzige Fassung beruht, hat wesentliche Änderungen sowohl im Kindesinteresse (Abs 1) wie im Elterninteresse (Abs 2) eingeführt. In Abs 1 wurde der *Zeitpunkt* der Beendigung der Vermögenssorge *vorverlegt* (Abs 1 aF: Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses), um der Gefahr entgegenzuwirken, daß das Kindesvermögen bei Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses bereits aufgebraucht ist (so die Erfahrungen der Praxis vor der Reform, BT-Drucks 7/2060 S 31). Abs 2 hat hinsichtlich einer Rückübertragung der Vermögenssorge nach Beendigung des Konkursverfahrens die bisherige Kann-Vorschrift durch eine grundsätzliche Rückübertragungspflicht ersetzt (ie Rz 10).

II. Ende der Vermögenssorge kraft Gesetzes, Abs 1

1. Voraussetzungen

4

Die Voraussetzungen des § 1670 sind dem VormG vom Konkursgericht mitzuteilen (§ 50 Abs 1 FGG) und auch von den Eltern selbst (§ 1909 Abs 2; diese Pflicht obliegt auch dem vom Konkurs nicht betroffenen Elternteil im Hinblick auf § 1680 Abs 1 S 3, 4).

a) Eröffnung des Konkursverfahrens

Der Konkurs (auch als Anschlußkonkurs) ist eröffnet, sobald der Richter den Eröffnungsbeschuß unterzeichnet hat (BGHZ 50, 242, 247). Die Stunde der Eröffnung ist im Beschuß anzugeben; ist dies versäumt worden, gilt als Eröffnungszeitpunkt die Mittagsstunde des Eröffnungstages (§ 108 KO). Auf den Zeitpunkt der *Wirksamkeit* des Beschlusses, die erst eintritt mit seiner Kundgabe nach außen (vgl BGH NJW 1982, 2074 f), kommt es nicht an (**aA** PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; wie hier MünchKomm-Hinz Rz 4). Auf letztere wollte noch der dem SorgeRG vorangehende FraktE abstellen (BT-Drucks 7/2060 S 31). Der Rechtsauschuß des Bundestages ist hiervon jedoch ausdrücklich abgewichen und hat die Eröffnung wegen ihrer präzisen zeitlichen Fixierung vorgezogen (BT-Drucks 8/2788

S 61, unter Hinweis auf § 108 KO). Der Gesetzgeber ist nicht gehindert, das Faktum eines Staatsakts unabhängig von seinem Wirksamwerden zum Anknüpfungspunkt kindesschützender Regelungen zu machen.

- 5 Der Konkurs muß über das **Gesamtvermögen des Elternteils** (oder beider Elternteile) eröffnet sein. Leben die Eltern in Gütergemeinschaft, genügt der Konkurs über ihr Gesamtgut (vgl §§ 2, 236 a–236 c KO; dann Beendigungswirkung gem Abs 1 gegenüber beider Eltern). Das gleiche gilt für die Konkursöffnung über ein Sondervermögen, an dem der Elternteil als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt ist (KGJ 43 A 35, 36 ff; MünchKomm-HINZ Rz 5). Konkurs über einen Nachlaß, an dem der Elternteil als Mit- oder Alleinerbe beteiligt ist, reicht allerdings nicht aus, da hieraus nichts für eine Gefährdung des Kindesvermögens oder eine Ungeeignetheit des Elternteils zur Vermögensverwaltung folgt (SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; GERNHUBER § 49 VIII 11).

Nichteröffnung mangels Masse und Eröffnung des Vergleichsverfahrens fallen nicht unter Abs 1 (Rz 2).

6 b) Eigener Konkursantrag des Elternteils

Die Stellung eines Konkursantrags durch Dritte (§ 103 Abs 2 KO) konnte nicht zum Anknüpfungspunkt für eine Beendigung der Vermögenssorge genommen werden, da sie sich als ungerechtfertigt herausstellen kann (BT-Drucks 7/2060 S 31). Stellt hingegen der Elternteil selbst den Antrag, so kann von dessen wirtschaftlicher Berechtigung und der schon in diesem Zeitpunkt gem Abs 1 vermuteten Gefährdung des Kindesvermögens ausgegangen werden. Das Gesetz hat deshalb für diesen Fall die Beendigungswirkung hinsichtlich der Vermögenssorge auf die Antragstellung vorverlegt.

2. Rechtsfolgen

7 a) Bei dem betroffenen Elternteil

Die Rechtsfolge des Abs 1 tritt bei dem Elternteil ein, der in Konkurs fällt, uU also bei beiden (so auch bei Konkurs des Gesamtguts, Rz 5). Es endet die gesamte Vermögenssorge, dh sowohl die tatsächliche Vermögensverwaltung wie die gesetzliche Vertretung in Vermögenssachen. Des weiteren endet das (die Vermögenssorge voraussetzende) Verwendungsrecht gem § 1649 Abs 2 (§ 1649 Rz 37). Gem § 1698 ist der Elternteil zur Vermögensherausgabe und Rechnungslegung verpflichtet.

- 8 § 1670 gilt auch bei einem den Einsatzzeitpunkten des Abs 1 *nachfolgenden Erwerb der elterlichen Sorge* (also etwa Geburt, Adoption oder Legitimation während des Konkursverfahrens; vorgeburtlich s § 1912 Abs 2): In diesen Fällen erwirbt der Gemeinschuldner nur die Personensorge, die Vermögenssorge kann ihm nur durch Entscheidung des VormG gem Abs 2 übertragen werden. Wird die elterliche Sorge hingegen erst nach Beendigung des Konkurses erlangt, greift § 1670 nicht mehr ein (GERNHUBER § 49 VIII 11 Fn 37 mwN); bei fortbestehendem Vermögensverfall kommen allenfalls Maßnahmen nach § 1667 in Betracht.

9 b) Beim anderen Elternteil

Die Vermögenssorge des vom Konkurs nicht betroffenen Elternteils erstarkt nicht automatisch zur Alleinsorge. Vielmehr ist gem § 1680 zu differenzieren: Bei bislang *gemeinsamem Sorgerecht* (uU auch nach Scheidung) ruht zunächst auch die Vermögenssorge des anderen Elternteils, § 1680 Abs 1 S 4, bis das VormG seine fortan

alleinige Vermögenssorge anordnet. Diese Anordnung hat zu ergehen, wenn nach den Feststellungen des VormG die Alleinsorge des anderen Elternteils den Vermögensinteressen des Kindes nicht widerspricht, § 1680 Abs 1 S 3. Andernfalls ist ein Vormund oder Pfleger zu bestellen.

War aufgrund einer Entscheidung nach §§ 1671, 1672 der vom Konkurs betroffene Elternteil alleiniger Inhaber der Vermögenssorge, so ist diese vom VormG dem anderen Elternteil zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. Andernfalls bestellt es einen Vormund oder Pfleger (§ 1680 Abs 2; Einzelh zum ganzen s Erl zu § 1680). Diese Grundsätze gelten ohne weiteres auch für das nichteheliche Kind.

III. Rückübertragung der Vermögenssorge, Abs 2

1. Grundsätze

10

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Abs 1 entfallen, wenn das Konkursverfahren beendet wird, sei es durch Aufhebung (§§ 163, 190 KO), sei es durch Einstellung (§§ 202, 204 KO), oder wenn der Antrag des Elternteils auf Konkursöffnung abgewiesen wird (auch mangels Masse, § 107 Abs 1 KO; war der Eröffnungsantrag von Dritten gestellt, hat die Vermögenssorge nicht geendet). Dennoch erwirbt in diesem Fall der betroffene Elternteil die Vermögenssorge nicht automatisch wieder, da seine schlechte Vermögenslage möglicherweise fortbesteht (BT-Drucks 7/2060 S 31). Andererseits bedeutete die bloß fakultative Rückübertragungsmöglichkeit nach § 1670 Abs 2 aF eine überproportionale Zurücksetzung des Elternrechts (BT-Drucks 8/2788 S 61; 7/2060 S 31; gegen die Begründung aus dem Elternrecht MünchKomm-HiNZ Rz 11). Das VormG hat deshalb gem Abs 2 vor der regelmäßig gebotenen Rückübertragung zu prüfen, ob diese den Vermögensinteressen des Kindes nicht widerspricht (so bereits die hM vor der Sorgerechtsreform, VoraufI Rz 9 mwN).

Scheidet eine Rückübertragung demnach aus, bleibt es bei der gem Abs 1 eingetretenen Rechtslage. Eine Rückübertragung unter Einschränkungen gem § 1667 Abs 1–4 ist jedoch als vorrangig in Erwägung zu ziehen. § 1667 kann wegen fortbestehenden Vermögensverfalls oder (drohender) Pflichtverletzung anwendbar sein, und der Vorrang milderer Maßnahmen als die Zurückhaltung der Vermögenssorge ergibt sich aus dem das Kindesschutzrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsprinzip (GERNHUBER § 49 VIII 11; ähnl MünchKomm-HiNZ Rz 11).

Wird dem Elternteil, der die Vermögenssorge nach Abs 1 verloren hatte, diese nach Abs 2 zurückübertragen, erwirbt sie automatisch auch der andere Elternteil zurück, dem die Vermögenssorge nach § 1680 Abs 1 S 3 genommen worden war (MünchKomm-HiNZ Rz 12).

2. Familiengerichtliche Sorgerechtsentscheidungen während des Konkursverfahrens 12

Hat die Vermögenssorge eines Elternteils gem § 1670 geendet und ist anschließend eine Sorgerechtsentscheidung nach §§ 1671, 1672 ergangen, so kann diese einer Rückübertragung durch das VormG entgegenstehen. Das FamG entscheidet über die gesamte elterliche Sorge, auch wenn diese im Entscheidungszeitpunkt einem Elternteil ganz oder teilweise nicht zusteht oder ruht (§ 1671 Rz 31). Dem vom Konkursverfahren betroffenen Elternteil kann das FamG die Vermögenssorge zwar grundsätzlich zuteilen, dann müßte aber wegen § 1670 für die Dauer des Konkursverfahrens ein Vormund oder Pfleger bestellt werden (entspr die Rechtslage bei

Ruhen der elterlichen Sorge, vgl GERNHUBER § 56 I 3, s § 1671 Rz 34). In diesem Fall ist nach Beendigung des Konkursverfahrens gem Abs 2 zu entscheiden, ein Vorrang der familiengerichtlichen Entscheidung ist nicht gerechtfertigt.

- 13** Im übrigen aber kommt für die Sorgerechtsentscheidung nur der andere Elternteil (selbst wenn auch ihm die Vermögenssorge gem § 1680 Abs 1 S 3 vom VormG nicht zuerkannt wurde – Trennung oder Scheidung verändern die Sachlage) oder ein Vormund oder Pfleger (§ 1671 Abs 5 S 1) in Betracht. Hat das FamG die Vermögenssorge dem anderen Elternteil zugewiesen, so ist nach Beendigung des Konkursverfahrens einer Rückübertragung gem § 1670 Abs 2 der Boden entzogen – diese setzt grundsätzliche Sorgeberechtigung, wenn nicht der Konkursfall eingetreten wäre, voraus. Das FamG hat aber im Hinblick auf die eingetretene Trennung oder Scheidung die sorgerechtlichen Verhältnisse grundsätzlich neu geordnet und den ehemals konkursbetroffenen Elternteil entrechtet. Dieser kann allenfalls im Wege einer Änderungsentscheidung des FamG nunmehr die Vermögenssorge zugewiesen bekommen (§§ 1696, 1671 Abs 4 S 2).
- 14** Hat das FamG während des Konkursverfahrens die Vermögenssorge gem § 1671 Abs 5 S 1 auf einen Vormund oder Pfleger übertragen, so liegt dem die Feststellung zugrunde, daß die alleinige Vermögenssorge des anderen Elternteils wie auch die (künftige) des konkursbetroffenen Elternteils das Kindeswohl gefährden würde. Eine vormundschaftsgerichtliche Rückübertragung auf letzteren nach § 1670 Abs 2 scheidet deshalb aus, die trennungs- bzw scheidungsspezifische Entscheidung des FamG hat Vorrang.

15 3. Zuständigkeit und Verfahren

Die Zuständigkeit des VormG für die Rückübertragungsentscheidung folgt aus §§ 43, 36 FGG. Der Rechtspfleger (§ 3 Nr 2 a RPflG; kein Richtervorbehalt gem § 14 RPflG) entscheidet von Amts wegen auf Mitteilung des Konkursgerichts hin (§ 50 Abs 1 FGG). Gelangt die Sache in die Rechtsbeschwerdeinstanz, kann dort überprüft werden, ob die nach Abs 2 gebotene Abwägung von Elternrecht und Kindesinteressen zutreffend vorgenommen worden ist (MünchKomm-Hinz Rz 11; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 2; GERNHUBER § 49 VIII 11 Fn 40; anders nach altem Recht [richterliche Ermessensentscheidung] BayObLGZ 2, 407). Verfahrenskosten: § 94 Abs 1 S 4, Abs 3 S 2 KostO.

§ 1671

Wird die Ehe der Eltern geschieden, so bestimmt das Familiengericht, welchem Elternteil die elterliche Sorge für ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll.

Das Gericht trifft die Regelung, die dem Wohle des Kindes am besten entspricht; hierbei sind die Bindungen des Kindes, insbesondere an seine Eltern und Geschwister, zu berücksichtigen.

Von einem übereinstimmenden Vorschlag der Eltern soll das Gericht nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist. Macht ein Kind, welches das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat, einen abweichenden Vorschlag, so entscheidet das Gericht nach Absatz 2.

Die elterliche Sorge ist einem Elternteil allein zu übertragen*. Erfordern es die Vermögensinteressen des Kindes, so kann die Vermögenssorge ganz oder teilweise dem anderen Elternteil übertragen werden.

Das Gericht kann die Personensorge und die Vermögenssorge einem Vormund oder Pfleger übertragen, wenn dies erforderlich ist, um eine Gefahr für das Wohl des

5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

Kindes abzuwenden. Es soll dem Kind für die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen einen Pfleger bestellen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.

Die vorstehenden Vorschriften gelten entsprechend, wenn die Ehe der Eltern für nichtig erklärt worden ist.

* Abs 4 S 1 ist nichtig, BVerfG vom 3. 11. 1982, BGBl I S 1596 = BVerfGE 61, 358 = NJW 1983, 101 = FamRZ 1982, 1179 (vgl Rz 14).

E I § 1456; II § 1479; III § 1613; Mot 4, 622; GleichberG Art 1 Nr. 22; 1. EheRG Art 1 Nr. 22; SorgeRG Art 1 Nr. 20.

Schrifttum

ARNTZEN, Elterliche Sorge und persönlicher Umgang mit Kindern aus gerichtspsychologischer Sicht (1980); BAER, Neue Lösungen im Kindschaftsrecht, ZRP 1989, 344; BALLOFF-WALTER, Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall?, FamRZ 1990, 445; BALSCHKEIT, Gemeinsame Elternverantwortung auch nach der Scheidung?, SJZ 1988, 25; BEITZKE, Reform des elterlichen Sorgerechts, ZBlJugR 1973, 121; ders, Nochmals zur Reform des elterlichen Sorgerechts, FamRZ 1979, 8; BERES, Das Kindeswohl – ein Wunschtraum? Versuch einer Bilanz, ZBlJugR 1982, 449; ders, Gemeinsame Sorge nach Scheidung, DAVorm 1983, 16; BÖHM, Rechtliche Probleme der Anordnung, Erstellung und Verwertung von Sachverständigenutachten im Rahmen familiengerichtlicher Entscheidungen in Sorgerechtsachen, DAVorm 1985, 731; BRIEGLEB, Eherechtsreform – zu Lasten der Kinder?, ZBlJR 1971, 33; BRÜGGEMANN, Familiengerichtsbarkeit – Verfahren in Ehesachen im allgemeinen – Verfahren in anderen Familiensachen, FamRZ 1977, 1; BURCKHARDT, Frontenwechsel für das Kindeswohl, DRiZ 1984, 210; BUSCHMANN, Sorgerechtsprobleme aus gerichtspsychologischer Sicht, RdJ 1983, 408; CAESAR-WOLF-EIDMANN-WILLENBACHER, Die gerichtliche Ehelösung nach dem neuen Scheidungsrecht: Normstruktur und Verfahrenspraxis, ZfRSz 1983, 202; COESTER, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff (1983); ders, Eheverfehlungen als Kriterium der Sorgerechtsverteilung nach neuem Recht, FamRZ 1977, 217; ders, Sorgerechtsentscheidungen und Grundgesetz, NJW 1981, 961; ders, Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung? Verfassungsrechtliche Überlegungen und internationale Erfahrungen, EuGRZ 1982, 256; ders, Kindeswohl: Juristischer Begriff und multidisziplinäre Dimensionen, in: Ev Akademie Bad Boll (Hrsg.), Der Anwalt des Kindes, Protokolldienst 14/1983, 60; ders, Kindeswohl als Rechtsbegriff, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd 4 (1986), 35; DEUTSCHES FAMILIENRECHTSFORUM, Modelle alternativer Konfliktregelungen in der Familienkrise (1982); DICKMEIS, Die kindespsychologische Begutachtung im familiengerichtlichen Verfahren, NJW 1983, 2053; ders, Die gemeinsame Sorge – ein engagiertes Plädoyer, ZfJ 1989, 57; DIECKMANN, Bemerkungen zum Recht der elterlichen Sorge, vornehmlich für Kinder aus gescheiterter Ehe, AcP 178 (1978), 298; ders, Fragwürdige Begründungen im Streit um die Verfassungsgebundenheit einer gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung der Elternehe, NJW 1981, 668; DIEDERICHSEN, Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses, FamRZ 1978, 461; ders, Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, NJW 1980, 1; DIEDERICHSEN-WAGNER, Sorgerecht und Unterhalt, RdJ 1988, 128; DITTMANN, Sonderfragen zur Regelung der elterlichen Gewalt während und nach der Ehescheidung unter Berücksichtigung des neuen Ehescheidungsrechts, ZBlJugR 1977, 187; DITZEN, Gedanken zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung, FamRZ 1977, 239; DÖRR, Elterliche Sorge, Umgangsbezugnis und Kindesherausgabe in der Entwicklung seit dem 1. EheRG, NJW 1989, 690; DÜRR, Verkehrsregelungen gem. § 1634 BGB (2. Aufl 1978); Eherechtskommission beim Bundesministerium der Justiz, Vorschläge zur Reform des Verfahrensrechts in Ehesachen; zur Neuregelung des Rechts der Kinder geschiedener und getrennt lebender Eltern ... (1971); ELL, Trennung – Scheidung und die Kinder? (1979); ders, Wie ist das mit der Hauptbezugsperson?, ZBlJugR 1982, 76; ders, Psychologische Kriterien bei der Sorgerechtsregelung, ZfJ 1986, 289; ders, Väter – Väter – Väter, ZfJ 1988, 436; Elterliches Sorgerecht – Sachverständigenanhörung vor dem Rechtsausschuß des Dt Bundestages am 12. 9. 1977, in: Zur Sache 1/1978; ESCHWEILER, Scheidungskinder vor Gericht, RdJ 1988, 440; EVANS-VON KRBEK, Gemeinsame elterliche Gewalt über das Kind nach der Scheidung?, FamRZ 1975, 20; dies, Gemeinsame elterliche Gewalt über das Kind nach der Scheidung – Verfassungskonforme Auslegung, Rechtsfortbildung durch Analogie oder Verfassungswidrigkeit des § 1671 BGB?, FamRZ 1977, 371; FAHRENHORST, Sorge- und Umgangsrecht nach der Ehescheidung und die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, FamRZ 1988, 238; FEHMEL, Gemeinsames elterliches Sorgerecht nach der Scheidung?, FamRZ 1979, 380; ders, Ist

das Verbot des gemeinsamen elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung (§ 1671 Abs IV S 1 BGB) verfassungswidrig?, FamRZ 1980, 758; ders, Nochmals: Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung?, FamRZ 1981, 116; ders, Die Anhörung des Kindes im Sorgerechtsverfahren, DAVorm 1981, 170; ders, Buchbesprechung zu Fthenakis-Niesel-Kunze, Ehescheidung – Konsequenzen für Eltern und Kinder (1982), FamRZ 1983, 126; ders, Kindschaftsrecht und Gleichberechtigung, FamRZ 1983, 971; FELDER, Fragebogenuntersuchung bei Richtern zum Thema Kindeszuteilung im Scheidungsprozeß, SJZ 1988, 340; FIGDOR, Scheidung als Katastrophe oder Chance für die Kinder, in: 8. DFGT, Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd 6 (1990), 21; FINGER, Die besondere Entscheidung: Zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Ehescheidung entgegen § 1671 IV, 1 BGB, Jura 1984, 133; ders, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Ehescheidung – eine Umfrage bei hessischen Familiengerichten, DRiZ 1985, 91; FREUND, Der Versuch einer Theorie der Praxis: Funktionswandel richterlicher Tätigkeit: Von der Streitentscheidung zur Konfliktlösung, dargestellt am Beispiel des Familienrichters, DRiZ 1979, 72; FROMMANN, Die Wahrnehmung der Interessen Minderjähriger im vormundschafts- bzw. familiengerichtlichen Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Diss Frankfurt/M 1977); FTHENAKIS-NIESEL-KUNZE, Ehescheidung – Konsequenzen für Eltern und Kinder (1982); FTHENAKIS, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung – Möglichkeiten und Grenzen eines Ansatzes. Gutachten vor dem BVerfG (1982); ders, Neue Erkenntnisse der Familienforschung und das Wohl des Kindes, in: Ev Akademie Bad Boll (Hrsg), Der Anwalt des Kindes, Protokolldienst 14/1983, 73; ders, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, in: REMSCHMIDT (Hrsg), Kinderpsychiatrie und Familienrecht (1984), 36; ders, Der Vater als sorge- und umgangsberechtigter Elternteil, in: REMSCHMIDT (Hrsg), Kinderpsychiatrie und Familienrecht (1984), 55; ders, Kindeswohl – gesetzlicher Anspruch und Wirklichkeit –, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd 3 (1984), 33; ders, Väter, Bd 1: Zur Psychologie der Vater-Kind-Beziehung (1985); ders, Väter, Bd 2: Zur Vater-Kind-Beziehung in verschiedenen Familienstrukturen (1985); ders, Zum Stellenwert der Bindungen des Kindes als sorgerechtsrelevantes Kriterium gemäß § 1671 BGB, FamRZ 1985, 662; ders, Einige Implikationen eines Wechsels im Scheidungsparadigma, Vortrag auf der Tagung der Ev Akademie Tutzing (31. 5.–2. 6. 85) (unveröff Manuskript I); ders, Wandel im Verständnis der Ehescheidung? – Zur Entwicklung familiärer Beziehungen nach der Scheidung, Vortrag auf der Tagung der Ev Akademie Tutzing (31. 5.–2. 6. 85) (unveröff Manuskript II); ders, Der sorgeberechtigte Vater (Manuskript 1985); ders ua, Entwicklungspsychologische Beiträge zur Bestimmung des Kindeswohls als sorgerechtsrelevantes Kriterium im Scheidungsverfahren (Manuskript 1985); ders, Psychologische Beiträge zur Bestimmung von Kindeswohl und elterlicher Verantwortung (Manuskript 1985); ders, Interventionsansätze während und nach der Scheidung, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 1986 (ArchfsozArb), 174; ders, Mütterliche Berufstätigkeit, außerfamiliäre Betreuung und Entwicklung des (Klein-)Kindes aus kinderpsychologischer Sicht, Zeitschrift für Familienforschung 1989, 5; ders (Hrsg), Fünf Jahre gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung (1989); ders, Frühpädagogik im Wandel – von einer institutionellen zu einer systematischen Betrachtung, in: HRUSCHKE-RHEIN (Hrsg), Zur Praxisrelevanz der System-Theorien, Bd IV (1990); GIESEN, Anm zu BVerfG v 3. 11. 1982, JZ 1983, 301; GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT, Jenseits des Kindeswohls (1974, zit: GOLDSTEIN ua I); dies, Diesseits des Kindeswohls (1982, zit: GOLDSTEIN ua II); GOLDSTEIN ua, Das Wohl des Kindes (1988, zit: GOLDSTEIN ua III); GÖPPINGER, Vereinbarungen anläßlich der Ehescheidung (6. Aufl 1988); HAKENBERG-KRAUSE-SCHLACK, Systematische Interaktionsbeobachtung als Hilfsmittel für die Beurteilung der Eltern-Kind-Beziehung bei strittigem Sorgerecht, in: REMSCHMIDT (Hrsg), Kinderpsychiatrie und Familienrecht (1984), 101; HAFETER, Kinder aus geschiedenen Ehen (2. Aufl 1960); HARRER, Pflege, Erziehung und Verwaltung des Vermögens des Kindes nach Scheidung der Elternehe, ÖJZ 1984, 452; HINZ, Kindesschutz als Rechtsschutz und elterliches Sorgerecht (1976); ders, Elternverantwortung und Kindeswohl – neue Chancen zu ihrer Verwirklichung für die Rechtsprechung? – Zur Diskussion um die gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung –, ZfJ 1984, 529; ders, Kriterien der Sorgerechtsentscheidung, in: SPECK-PETERANDER-INNERHOFFER, Familientherapie (1986), 189; ders, Normstruktur und Praxis des Scheidungsverfahrens, in: Ev Akademie Bad Boll (Hrsg), Protokolldienst 30/1986, 68; HOLTGRAVE, Das neue Recht der elterlichen Sorge, JZ 1979, 665; HOLZHAUER, Verwandtschaftliche Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge, FamRZ 1982, 109; JÄGER, Mitspracherechte Jugendlicher bei persönlichkeitsrechtlichen Entscheidungen (Diss Freiburg 1988); JORT, Nacheheliche Elternschaft und Kindeswohl: Plädoyer für das gemeinsame Sorgerecht als anzustrebender Regelfall, FamRZ 1987, 875; KALTENBORN, Das gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung im Spiegel ausländischer Erfahrungen, FamRZ 1983, 964; ders, Katamnestiche Untersuchung von Scheidungskindern nach Gutachten zum Recht der elterlichen Sorge nach § 1671 BGB (Diss Tübingen 1984); ders, Die personalen

5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

Beziehungen des Scheidungskindes als sorgerechtsrelevantes Entscheidungskriterium, FamRZ 1987, 990; ders., Entscheidungskriterien im Rahmen der Sachverständigenbegutachtung zur Frage der elterlichen Sorge nach der Ehescheidung, ZfJ 1989, 60; KLAR, Was geschieht nach der Scheidung?, in: REMSCHMIDT (Hrsg.), Kinderpsychiatrie und Familienrecht (1984), 18; KLENNER, Gedanken über die Anwendung psychologischer Erkenntnisse durch den Familienrichter, DAVorm 1979, 807; ders., Vertrauensgrenzen des psychologischen Gutachtens im Familienrechtsverfahren – Entwurf eines Fehlererkennungssystems –, FamRZ 1989, 804; KLUSSMANN, Das Kind im Rechtsstreit der Erwachsenen (1981); ders., Der verfassungsgemäße Ausschluß des gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Eltern (§ 1671 IV S 1 BGB), FamRZ 1982, 118; KNIEPER, Personensorge für Kinder und Scheidung der Eltern, JZ 1976, 158; KNÖPFEL, Zum gemeinsamen Sorgerecht der Eltern nach Scheidung, NJW 1983, 905; KOEHEL, Die Bindungen des Kindes – doch ein sorgerechtsrelevantes Kriterium, FamRZ 1986, 637; KOEHEL-HEIDER, Das Wohl des Kindes in der familienrechtlichen Sorgerechtspraxis, ZfJ 1989, 76; KROPHOLLER, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Ehescheidung im deutschen und ausländischen Recht, JR 1984, 89; ders., Übereinstimmender Elternvorschlag und Sorgerecht, NJW 1984, 271; ders., Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, JZ 1984, 164; KUMME, Zwei gegensätzliche familiengerichtliche Entscheidungen des Kammergerichts über die Verteilung der elterlichen Sorge nach der Scheidung, ZBlJugR 1980, 85; LEHR, Die Rolle der Mutter in der Sozialisation des Kindes (1974); dies., Die Rolle der Mutter für die Entwicklung des Kindes – überbewertet oder unterbewertet, ZBlJugR 1975, 413; LEMPP, Das Wohl des Kindes in §§ 1666 und 1671 BGB, NJW 1967, 1659; ders., Noch einmal: Kindeswohl und Kindeswille, NJW 1964, 440; ders., Die Rechtsstellung des Kindes aus geschiedener Ehe aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, NJW 1972, 315; LEMPP-RÖCKER, Die kinder- und jugendpsychiatrische Problematik bei Kindern aus geschiedener Ehe, Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie 1 (1973) 25; LEMPP, Die Ehescheidung und das Kind (1976); ders., Das Kindeswohl und das neue Scheidungsrecht, ZBlJugR 1979, 49; ders., Zur Anwendbarkeit projektiver Textuntersuchungen im Rahmen der Begutachtung für Familiengerichte, Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie 8 (1980) 220; ders., Gerichtliche Kinder- und Jugendpsychiatrie (1983); ders., Das neue Familienrecht aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, ZfJ 1984, 169; ders., Das gemeinsame Sorgerecht aus kinderpsychiatrischer Sicht, ZfJ 1984, 305; ders., Die Bindungen des Kindes und ihre Bedeutung für das Wohl des Kindes gemäß § 1671 BGB, FamRZ 1984, 741; ders., Kann die Familie weiterhin das Recht des Kindes gewährleisten?, Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie 13 (1985) 43; LEMPP-FEHMEL, Zur Bewertung des Kindeswillens bei Entscheidungen nach § 1671 BGB (zu KG, FamRZ 1978, 829), FamRZ 1986, 530; LEMPP ua, Die Anhörung des Kindes gem § 50 b FGG. Rechtsstatsachensforschung (1987); LIDLE-HAAS, Das Kind im Sorgerechtsverfahren bei der Scheidung (1989); LIMBACH, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern (1988, zit: Gemeinsame Sorge); dies., Die Suche nach dem Kindeswohl – Ein Lehrstück der soziologischen Jurisprudenz, ZfRSoz 9 (1988) 155; dies., Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis. Eine Rechtsstatsachenstudie (1989, zit: LIMBACH-Studie); LÜDERITZ, Die Rechtsstellung ehelicher Kinder nach Trennung ihrer Eltern im künftigen Recht der Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1975, 605; ders., Neues elterliches Sorgerecht, FamRZ 1978, 475; LUTHIN, Aus der Praxis zum SorgeRG, FamRZ 1981, 111; ders., Nochmals: Zu den durch das SorgeRG normierten Anhörungspflichten, FamRZ 1981, 1149; ders., Anm zu AG Charlottenburg v 22. 12. 1982, FamRZ 1983, 420; ders., Elterliche Sorge, Umgangsbezugnis und Kindeswohl, FamRZ 1984, 114; ders., Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, FamRZ 1985, 565; ders., Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung (1987); MÄRZ, Das BVerfG und der „Verfahrenspfleger“ des minderjährigen Kindes im Sorgerechtsverfahren, FamRZ 1981, 736; MAGNUS-DIETRICH, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung – eine Erhebung beim Familiengericht Hamburg-Mitte, FamRZ 1986, 416; MAGNUS, Sorgerecht und Scheidung, RdJ 1988, 158; MANSEL, Abänderung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen und perpetuatio fori im FGG-Verfahren, IPRax 1987, 298; ders., Neues internationales Sorgerecht, NJW 1990, 2176; MARTINY, Sorgerecht, Umgangsrecht und Unterhalt – Die Teilung des Unteilbaren?, in: FS Ferid (1988), 309; MöBS, Die elterliche Gewalt bei Scheidung und Trennung (Diss Frankfurt/M 1965); MORITZ, Gemeinsame elterliche Sorge beider Elternteile nach Scheidung im bisherigen und neuen Recht, ZBlJR 1981, 11; MÜLLER-ALTEN, Die Parameter der Sorgerechtsregelung bei Scheidung, ZfJ 1989, 443; MÜLLER-LEMPP, Einvernehmliche Vorschläge der Eltern in Sorgerechtsverfahren, ZfJ 1989, 269; NEDDENRIEP-HANKE, Das Jugendamt und das Kindeswohlprinzip (Diss Kiel 1988); NEUHAUS, Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung?, FamRZ 1980, 1089; NICOLAS-MAGUIN, A propos de la garde conjointe des enfants des parents divorces, Dalloz 1983, Chronique XX, 111; NORMANN, Das Recht der elterlichen Sorge in Frankreich im Vergleich mit dem deutschen Recht, FamRZ 1988, 568; NOTE, Custody denials to parents in same-sex relationships: An equal protection

analysis, HarvLRev 102 (1989), 617; PRESTIEN, Die Stellung des Kindes im Rechtsstreit der Erwachsenen, RdJ 1988, 431; PROKSCH, Scheidungsfolgenvermittlung (Divorce Mediation) – ein Instrument integrierter familiengerichtlicher Hilfe, FamRZ 1989, 916; PULS, Das Recht zur Neuregelung der elterlichen Sorge in der Rechtsanwendung, in: REMSCHMIDT (Hrsg.), Kinderpsychiatrie und Familienrecht (1984), 18; dies, Beteiligung von Psychologen und Psychiatern als Sachverständige in familiengerichtlichen Verfahren, ZfJ 1984, 8; RABAA, Kindeswohl im Elternkonflikt (Diss. Berlin 1985); RASSEK, Begriff und Bestimmung des Kindeswohls als Maßstab der Sorgerechtsregelung nach §§ 1671, 1672 BGB (1983); RÖHL, SABINE-RÖHL, KLAUS, Alternativen zur Justiz?, DRiZ 1979, 33; RÖCKER, Sexueller Mißbrauch in der Scheidungsfamilie, in: DU BOIS (Hrsg.), Praxis und Umfeld der Kinder- und Jugendpsychiatrie (1989), 145; RÖNN, Kindeswohlbeurteilung aus medizinrechtlicher Sicht, FamRZ 1988, 463; RÖSNER-SCHADE, Der psychologische Sachverständige als Berater in Sorgerechtsverfahren, ZfJ 1989, 439; ROLFS, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in isolierten FGG-Verfahren, FamRZ 1978, 225; ROTAX, Für die Schwächsten ist das Beste gerade gut genug – zur Anhörungspflicht gemäß § 50 b FGG, DRiZ 1982, 466; SCHLEICHER, Gemeinsame Sorgerechtsausübung durch geschiedene Eltern zum Kindeswohl?, ZfSozH 1983, 296; SCHLÜTER, Elterliches Sorgerecht im Wandel... (1985); SCHMIDT-RÄNTSCH, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern – keine gesetzgeberischen Maßnahmen, FamRZ 1983, 17; SCHMITT-GLAESER, Die Eltern als Fremde, DÖV 1978, 629; ders, Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung (1980); RAINER SCHOLZ, Benachteiligung des Mannes im Ehe- und Familienrecht?, ZRP 1984, 201; SCHÜTZ, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung, durch Gesetz zum Regelfall zu erhebende Chance für Eltern und Kind oder für die Praxis ungeeignetes Ausnahmefallmodell?, ZfJ 1987, 189; SCHÜTZ-JOPT, Ein Kind soll ins Heim: Anmerkungen zur Allianz zwischen Recht und Psychologie aus der Sicht beider Disziplinen, ZfJ 1988, 349; DIETER SCHWAB, Handbuch des Scheidungsrechts (2. Aufl. 1989); SCHWENZER, Der Anwalt des Kindes, FamRZ 1983, 974; dies, Vom Status zur Realbeziehung (1987); SCHWOERER, Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe, FamRZ 1954, 120; ders, Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe und bei Getrenntleben der Eltern (§§ 1671, 1672 BGB nF), FamRZ 1958, 433; ders, Kindeswohl und Kindeswille, NJW 1964, 5; ders, Erwiderung, FamRZ 1965, 302; SIMITIS ua, Kindeswohl. Eine interdisziplinäre Untersuchung über seine Verwirklichung in der vormundschaftsgerichtlichen Praxis (1979); SIMITIS, Tendenzen der Rechtsprechung zum Sorge- und Besuchsrecht, 2. DFGT (1979); ders, Kindschaftsrecht – Elemente einer Theorie des Familienrechts, in: FS Müller-Freienfels (1986), 579; SIMON, Das neue elterliche Sorgerecht, JuS 1979, 752; ders, Neuere Entwicklungstendenzen im Kindschaftsrecht, ZfJ 1984, 14; STERNBECK-DÄTHER, Das familienpsychologische Gutachten in Sorgerechtsverfahren, FamRZ 1986, 21; STRÄTZ, Elterliche Personensorge und Kindeswohl, vornehmlich in der zerbrochenen Familie; FamRZ 1975, 541; STRECKER, Der Familienrichter im Spannungsfeld von Rechtsanwendung und Problemlösung, DRiZ 1983, 175; STREMPER, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern – Rechtstatsachen und gesetzliche Regelung (1989); SUESS, Das Kindeswohl bei Sorgerechtsentscheidungen – Kriterien aus entwicklungspsychologischer Sicht, Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie 36 (1987), 22; THALMANN, Der Bericht des Jugendamtes in den Verfahren nach §§ 1671, 1672 BGB aus der Sicht des Familienrichters, ZBJugR 1983, 249; ders, Die Verhandlungsführung des Familienrichters bei „existenzgefährdenden“ Familiensachen unter Berücksichtigung des Kübler-Ross-Phänomens, FamRZ 1984, 634; ders, Apodiktische Gedanken zu Beziehungsproblemen mit neuen Partnern in gescheiterten Ehen, FamRZ 1990, 342; TREITZ, Die Verteilung der elterlichen Gewalt bei Auflösung der Elternehe und bei dauerndem Getrenntleben der Eltern (1974); TROJE, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung?, Nachrichtendienst des Dt Vereins für öffentlich und private Fürsorge 1981, 17; UFFELMANN, Das Wohl des Kindes als Entscheidungskriterium im Sorgerechtsverfahren (Diss. Freiburg 1977); ULLMANN, Die völkerrechtlichen Prämissen der Regelung der elterlichen Sorge bei Auflösung von Ehen, FamRZ 1987, 434; ders, Kindeswohlbeurteilung in Sorge- und Umgangsrechtsverfahren aus medizinrechtlicher Sicht, FamRZ 1987, 1109; ders, Die forensische Gutachtertätigkeit von Diplom-Psychologen in Familiensachen, FamRZ 1988, 1127; WACKE, „Elterliche Sorge“ im Wandel der Jahrtausende – Zum Sorgerecht der geschiedenen Mutter nach römischem Recht –, FamRZ 1980, 205; WALLERSTEIN-BLAKESLEE, Gewinner und Verlierer: Frauen, Männer, Kinder nach der Scheidung (1989); WASKOWIAK, Die Einigung der Eltern bei der elterlichen Personensorge (Diss. Marburg 1967); PETER WEBER, Die Anwesenheit des neuen Ehegatten oder „Lebensgefährten“ eines Elternteils bei Ausübung des Besuchsrechts nach § 1634 BGB, FamRZ 1973, 285; URSULA WEBER, Gemeinsame elterliche Gewalt über das Kind nach der Scheidung?, FamRZ 1975, 401; WENDL-KAMPMANN-WENDL, Partnerkrisen und Scheidung (1986); WUPPERMANN, Kindesverteilung und Verkehrsrecht nach deutsch-italienischen Ehescheidungen, FamRZ 1971, 511; ders, Kindeswohl und Elternrecht bei faktischer Trennung deutsch-

5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

italienischer Ehen, RdJ 1971, 114; ZENZ, Elterliche Sorge und Kindesrechte, StAZ 1973, 257; dies, Zur Reform der elterlichen Gewalt, AcP 173 (1973) 527; dies, Kindeswohl und Selbstbestimmung, in: KÜHN-TOURNEAU, Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit (1978) 169; ZENZ-SALGO, Zur Diskriminierung der Frau im Recht der Eltern-Kind-Beziehung (1983).

Systematische Übersicht

I. Grundsätzliches

1. Normbedeutung 1
2. Gesetzesgeschichte 6
3. Verfassungsrechtlicher Hintergrund des § 1671 und Folgerungen für das Normverständnis 15
 - a) Verfassungsrechtliche Vorgaben nach der Rspr des BVerfG 15
 - b) Folgerungen für Struktur und Inhalt des § 1671 18
 - c) Gesamtwürdigung des § 1671 im Lichte verfassungsrechtlicher Vorgaben und humanwissenschaftlicher Erkenntnisse 23

II. Anwendungsbereich

1. Persönlich 27
2. Sachlich 28
 - a) Entscheidungssituationen 28
 - b) Verhältnis zu anderen Vorschriften 31
3. International 36

III. Die richterliche Entscheidung

1. Rechtsnatur der Entscheidung 37
2. Entscheidungsgegenstand und Entscheidungsmöglichkeiten: Grundsätze 38
3. Insbes: Aufteilungen des elterlichen Sorgerechts 42
 - a) Trennung Personensorge/Vermögenssorge, Abs 4 S 2 42
- aa) Voraussetzungen 42
- bb) Übertragung und Rechtsfolgen 45
 - b) Unterhaltspflegschaft, Abs 5 S 2 46
- c) Sonstige sachliche Aufteilungen der Personensorge 47
- d) Zeitliche Aufteilungen 48

IV. Sorgerechtsregelung nach Abs 2

1. Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab 51
 - a) Grundsatz 51
 - b) Sachlicher Aussagegehalt des Kindeswohlbegriffs 52
- aa) Vorrangigkeit des Kindesinteresses 52
 - (1) Elterninteressen 55
 - (2) Gesellschaftsinteressen 62
 - (3) Drittinteressen bei „gleichwertiger Erziehungseignung“ 64
- bb) Inhalt des Kindesinteresses 65
 - c) Funktionale Bedeutung des Entscheidungsmaßstabs „Kindeswohl“ 66
- aa) Individualisierungsgebot 66

- bb) Integrierende Gesamtschau 67
 2. Die Sorgerechtskriterien im einzelnen 70
 - a) Überblick 70
 - b) Förderungsprinzip 71
 - aa) Persönlichkeit und persönliche Umstände der Eltern 71
 - bb) Verhalten der Eltern im persönlichen Bereich 78
 - cc) Kindbemühtheit der Eltern 83
 - dd) Erziehung und Förderung des Kindes 87
 - c) Bindungen des Kindes 99
 - aa) Grundgedanken 99
 - bb) Der sogenannte „Bindungsstreit“ 102
 - cc) Der Bindungsaspekt im einzelnen 106
 - dd) Insbes: Geschwisterbindung 112
 - d) Kindeswille 115
 - aa) Grundsätze 115
 - bb) Der Kindeswille als Bindungsindiz 118
 - cc) Der Kindeswille als Selbstbestimmung 122
 - dd) Der Kindeswille im Einzelfall 125
 - e) Kontinuität 126

V. Übereinstimmender Elternvorschlag, Abs 3

1. Grundlagen 129
2. Tatbestandliche Voraussetzungen 134
 - a) Zustandekommen 134
 - b) Zulässiger Inhalt 137
3. Rechtsnatur des Elternvorschlags und Bindung der Eltern 145
4. Familiengerichtliche Entscheidung 149
5. Abweichender Kindsvorschlag, Abs 3 S 2 152
 - a) Voraussetzungen 153
 - b) Wirkung 157

VI. Gemeinsames elterliches Sorgerecht nach der Scheidung

1. Grundlagen 158
 - a) Rechtsentwicklung und Diskussionsstand 158
 - b) Die wesentlichen Gesichtspunkte gegen und für das gemeinsame Sorgerecht 161
 - c) Rechtlicher Stellenwert des gemeinsamen Sorgerechts 164
- aa) Das rechtliche Gewicht der Vereinbarung gemeinsamen Sorgerechts 165
- bb) Folgerungen aus dem rechts- und sozialpolitischen Stellenwert des gemeinsamen Sorgerechts 168

4. Buch. 2. Abschnitt. Verwandtschaft

- 2. Voraussetzungen 169
 - a) Allgemeines 169
 - b) Übereinstimmender Elternvorschlag 172
 - c) Kindeswohlprüfung 174
 - aa) Grundsätzliches 174
 - bb) Kooperationswilligkeit der Eltern 176
 - cc) Erziehungs- und Kooperationsfähigkeit der Eltern 177
 - dd) Sonstige Kindeswohlaspekte 179
 - d) Erkenntnisquellen des Familiengerichts 182
- 3. Die richterliche Entscheidung 185
- 4. Folgewirkungen bei gemeinsamem Sorgerecht 188

VII. Übertragung auf Vormund oder Pfleger, Abs 5 S 1

- 1. Systematische Einordnung 191
- 2. Voraussetzungen 192
 - a) Gefährdung des Kindeswohls 192
 - b) Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit 194
- 3. Maßnahmen des Familiengerichts 196
- 4. Ende der Vormundschaft oder Pflegschaft 197

VIII. Sorgerechtsregelung in anderen Fällen der Familienauflösung 198

IX. Bestand und Änderung der familiengerichtlichen Sorgerechtsregelung 200

X. Verfahrensfragen

- 1. Zuständigkeiten 201
- 2. Verfahren 202
- 3. Insbes: Anhörungspflichten 207
- 4. Inbes: Sachverständigengutachten 210
- 5. Einstweilige Anordnungen 213
- 6. Durchsetzung von Sorgerechtsentscheidungen 215
- 7. Rechtsmittel 216
- 8. Kostenentscheidung 218

XI. Auslandsbezüge

- 1. Internationale Zuständigkeit 219
- 2. Anwendbares Recht 221
- 3. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen 223
- 4. Insbes: Internationale Kindesentführungen 228
 - a) Gemeinsame Regelungen 229
 - b) Das Haager KindesEÜ 235
 - c) Das EuKindesEÜ 238

Alphabetische Übersicht

Abweichender Kindesvorschlag 40, 51, 115, 129, 152 ff, 173, 180
Adoptivkind 27
Änderung der Sorgerechtsentscheidung 9 f, 45, 49 f, 94, 142, 149, 159, 188, 197, 200, 206, 216, 223, 226 f, 239
Ärztliche Behandlung 47
Aids 74
Alkoholabhängigkeit der Eltern 74
Alleinsorge 3, 26, 34, 41, 50, 155, 204
– vor Scheidung 29, 32 ff
Alleinzuständigkeitsprinzip 8, 11, 13 f, 38 ff, 56, 158, 204
– Ausnahmen 42 ff, 142
Anerkennung ausländischer Entscheidungen 223 ff, 230, 238 ff
Anhörung
– der Eltern 9 ff, 134, 146, 182, 198, 205, 207
– des Jugendamts 209
– des Kindes 10, 13, 115, 119, 153, 176, 180, 182, 202, 205, 207 f
Anstaltsunterbringung eines Elternteils 50
Anwalt 168, 229
– des Kindes 88, 208, 217
Aufenthaltsbestimmungsrecht 47, 50, 188, 193 f, 214
Aufhebung der Ehe 5, 28, 198

Aufsichtspflegschaft 194 f
Ausbildung 89
Ausländerkind 36, 88, 96, 219 ff
Ausübungsüberlassung elterlicher Sorge 139, 142 f, 161
Beeinflussung 85, 94, 111, 115, 118, 121, 124, 193
Befriedungsfunktion der Sorgerechtsentscheidung 4, 17 f, 132, 146 f, 152, 162, 193
Behindertes Kind 27
Beratung 24 f, 178, 211
Berufstätigkeit eines Elternteils 56, 58, 73, 91 f, 182, 193
Berufswahl 47, 89
Berufung 216
Beschwerde 172, 205 ff, 213, 216 f
– des Kindes 153, 217
– weitere 216
Betreuer iSd BetrG 27
Betreuung
– durch Eltern(-teil) 58, 61, 91 ff, 106, 127 f, 139, 179, 183, 186, 193, 228
– durch Dritte 58, 91 f, 101, 109, 192 f, 203
Beziehungsnetz 95, 101 ff, 107, 113 f, 117, 162
Bhagwan-Sekte 82, 89

5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

- Bildungsstand der Eltern 73, 161, 178
Bindungen des Kindes
– an Eltern(-teil) 13, 23, 26, 58, 61, 70, 90, 92, 99 ff, 106 ff, 116 ff, 124 ff, 162, 179
– an Dritte 92, 101, 109, 192 f, 196
– an Geschwister 112 ff, 151, 156
Bindungsstreit 102 ff
Bindungstheorie 102 ff
Bindungswirkung des Elternvorschlags
übereinstimmender Elternvorschlag
Bluttransfusion 47, 82

Drogenabhängigkeit der Eltern 74
Durchsetzung von Sorgerechtsentscheidungen s Vollstreckung

Eheverfehlung 78 ff
Einstweilige Anordnung 31, 35, 47, 192, 202, 213 f, 219, 221, 223, 226, 232
Einverständliche Scheidung 4, 135, 146
Einzelfallgerechtigkeit 6, 65 ff, 114, 123, 203, 222
Elterlicher Primat 2, 15, 19, 41, 43, 129 ff, 140, 142 ff, 146, 179, 186
Elterninteressen 19, 53 ff, 78 f, 84 f
Eltern-Kind-Verhältnis 16, 35, 70, 81, 108, 110 f, 152, 157, 210
– Neuordnung des 2 ff, 16, 35, 129
Elternstreit 3, 17, 19 f, 24 f, 31, 45, 56, 172, 188, 193
Elternvereinbarung s übereinstimmender Elternvorschlag
Elternvorrang s Elterlicher Primat
Entscheidungsbegründung 66, 126, 167, 196, 202, 206, 234
Ermessen 115, 210
Ermittlungen 27, 71, 77, 95, 128, 150, 175, 182 ff, 202 ff, 210, 239
Ersuchter Richter 207
Erziehungsseignung 32, 34, 50 f, 55, 58, 61, 63 f, 71, 74, 79, 84, 88, 94, 96, 110 f, 128, 132, 192 ff, 210
– hins gemeinsamer Sorge 167, 170, 175 f, 182
Erziehungsmethode 87 ff, 100
Erziehungsunvermögen 31, 50, 88, 94, 110
Erziehungsziel 15, 62, 87, 100
EuKindesEÜ 228 ff, 238

Familienautonome Konfliktlösung 18, 25, 122, 152, 154, 168, 211
Familiendynamischer Ansatz 51, 53, 102 ff
Familiengericht
– Entscheidungsfunktion 2 f, 18, 24 f, 37, 63, 122, 131, 185
– Zuständigkeit
– internationale 36, 219 f, 229–232, 239
– örtliche 201, 231
– sachliche 12, 31 ff, 37 ff, 45, 188, 191, 196 ff, 201, 215, 232
Familieninteresse 53, 62
Familienunterstützende Hilfspflicht des Staates 17, 23 ff, 41, 111, 160, 168, 178, 195, 209, 211
Förderungsprinzip 70 ff, 81, 84, 87 ff, 100 f, 110 ff, 126
Fremdbetreuung s Betreuung durch Dritte

Gemeinsames Sorgerecht 13 f, 21 f, 26, 37 f, 40 f, 45, 57, 104 f, 141 f, 155, 158 ff, 200, 204, 206, 210
Gemischt-nationale Familie 96, 228
Geschäftsunfähiger Elternteil 136
Geschlechterrollen 49, 58 ff, 143
Geschwister 9 f, 54, 57, 95, 112 ff, 125, 151, 156, 187
Gesellschaftsinteressen 53 f, 62 f, 78, 80 f, 85, 87, 151
Getrenntleben der Eltern 5, 28, 35, 182 f, 185
Gewalt gegen Kinder 69, 88 f
Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes 36, 220 f, 228, 235
Gleichberechtigung 6, 49, 56 ff, 64, 91, 113, 143, 151, 161
Großeltern 91, 95, 109, 192 f, 196, 203
Grundrechte
– der Eltern 2, 15, 25 f, 37, 41, 43, 56, 71, 129, 133, 136, 152, 158, 165, 167, 169, 211
– des Kindes 26, 52, 54, 61, 100, 117, 152, 158, 165, 167, 169

Haager KindesEÜ 228 ff
Haager MSA 36, 219 ff, 225 f, 228
Halbgeschwister 113
Hauptbezugsperson 107, 127
Heranwachsender 106, 122 ff, 129, 152, 179 f, 217, 233
Herausgabeanordnung gem § 1632 Abs 1 215, 234
Herausgabestreit 215, 228 ff
Homosexualität 75
Humanwissenschaftliche Erkenntnisse 24 ff, 65, 81, 99 ff, 112 f, 118, 123, 159, 180 f, 210 ff

Individualisierungsgebot 66 ff, 114
Inhaftierter Elternteil 50
Internationales Recht 36, 60, 219 ff
Isolierung des Kindes 74, 82, 88, 111
Isoliertes Sorgerechtsverfahren 207

Jugendamt 25, 108, 133, 168, 207, 209, 217, 229, 233

4. Buch. 2. Abschnitt. Verwandtschaft

- Kindergarten 101
 Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG)
 25 f, 87, 160, 168, 194 f, 209
 Kindesalter 106 f, 113, 117, 119, 122 f, 125,
 127, 208, 236
 Kindesentführung 63, 85, 94, 111
 – internationale 228 ff
 Kindesschutzsystem 19, 31, 46, 65, 131,
 191, 194, 202
 Kindeswille 13, 58, 68 ff, 101, 115 ff, 152 ff,
 180, 208, 227, 236, 239
 Kindeswohl, persönliches 6, 49 f, 98, 100 f,
 121, 130 ff, 146 f, 158, 161–163
 – als Eingriffslegitimation 2, 17–22, 26, 49,
 129, 131, 149, 175, 191
 – als Entscheidungsmaßstab 9 ff, 14, 18,
 20, 40 f, 48 ff, 116, 121 f, 127, 139 f, 143,
 149, 165 ff, 175, 222, 236 ff
 – als Gestaltungsauftrag an den Gesetzge-
 ber 18, 23 ff, 160, 165, 167
 – als Leitprinzip 2, 13, 18, 20, 23, 25, 41,
 52 ff, 100, 146, 158, 170, 202, 222
 – als Verfahrensrichtlinie 18, 202
 Kindeswohlgefährdung 2, 31, 40, 46, 88 f,
 96, 116, 167, 171 f, 191 ff, 235 f
 Kindeswohlkonkretisierung 13, 68 ff, 170
 Kindeswohl als Vermögensinteresse 40,
 42 ff
 Kleinkind 59, 93, 102, 106 f, 109, 119, 125,
 127, 180, 203, 208
 Konkurs 34
 Kontakt zum nichtsorgeberechtigten El-
 ternteil 94, 97, 104, 109, 132, 162 f
 Kontinuitätsgrundsatz 48 f, 68 ff, 90, 101 f,
 109, 126 ff, 142 f, 161 f, 179, 227, 238
 Kooperationsfähigkeit der Eltern 26, 41 f,
 57, 133, 141, 163, 167 f, 172 ff, 181 ff,
 187, 207, 211
 Krankheit eines Elternteils 55, 74
 Krisenbedingtes Fehlverhalten der Eltern s
 Scheidungskrise

 Labilität eines Elternteils 55, 74
 Loyalitätskonflikt 78, 95, 113, 118, 162

 Minderjährigkeit eines Elternteils 34, 73,
 136
 Mißhandlung 69, 88 f
 Mitteilungsfähigkeit des Kindes 119
 Moral s Sittlichkeit
 Mutternorrang 49, 56, 59 ff, 91, 143, 203

 Nach-Scheidungsfamilie 2 f, 23, 41, 48, 94,
 103, 162 f, 183, 194
 Negativkontrolle 166 f, 174 f, 204
 Nestmodell 179
 Neuordnung s Reorganisation
 Nichtehe 5, 28
 Nichteheliche Lebensgemeinschaft 5, 29 f

 Nichteheliches Kind 27, 29, 231
 Nichtigkeit der Ehe 5, 11, 28, 198
 Nichtsorgeberechtigter Elternteil 3, 37, 47,
 162
 Nichtverheiratete Eltern 5, 29 f

 Ordre public 36, 221 f, 225, 236, 238
 Overprotection 110 f

 Paarkonflikt 24, 86, 211
 Partner 65, 81, 95, 181
 – Zusammenleben mit 78, 80 f, 85, 192,
 203
 Partnerwechsel 90, 95, 192
 Pendelmodell 179 f
 Persönlichkeit der Eltern 20, 25, 71 ff,
 84 ff, 178
 Personensorge 38, 42, 46 f, 139
 Pflegepersonen 192 f, 196, 203
 Pfleger 9 ff, 27, 33, 39 ff, 46, 50, 138, 190 ff,
 210, 214 f, 219
 Pflichtwidrigkeit elterlichen Verhaltens 2,
 46, 94, 111, 152, 191
 Protokoll 205
 Psychosoziale Elternschaft 77

 Realpräsenz des nichtsorgeberechtigten
 Elternteils 94
 Rechtsmittel 134, 172, 205 ff, 213, 216 ff,
 230, 232
 Religion 47, 82
 Reorganisation der Familie 2, 31, 51,
 103 ff, 162, 168, 209, 211
 Residenzmodell 179, 188
 Revision 126
 Rollenstereotype s Geschlechterrollen
 Ruhen der elterlichen Sorge 31, 34, 136,
 189

 Sachverständigengutachten 118 f, 121, 184,
 202, 210 ff
 Sachverständiger 108, 133, 168, 184, 208,
 211
 Scheidungsfamilie s Nach-Scheidungsfam-
 ilie
 Scheidungsfolgenvertrag 134, 148
 Scheidungskrise 2, 19, 25, 72, 86, 94, 194
 Scheidungsrate 3
 Scheidungsschuld 64, 78
 Scheidungstrauma 94, 99, 102, 150, 161 f
 Scheidungsverbund s Verbundverfahren
 Scheineheliches Kind 77, 187
 Schulbesuch 47, 101, 139
 Schuldprinzip 6, 8 ff, 64
 Sekte 47, 82, 89
 Selbstbestimmung des Kindes 117, 122 ff,
 129, 236
 Selbstmordgefahr bei Elternteil 55, 74
 Sexueller Mißbrauch 88

5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

- Sittlichkeit 63, 75, 78 ff, 192
 Sorgerechtskriterien 65, 67 ff, 170
 Sorgerechtsplan 26, 57, 179, 183, 186, 188
 Sorgerechtsübertragung auf Dritte s Vormund, Pfleger
 Sorgerechtsvereinbarungen s übereinstimmender Elternvorschlag
 Sozialrecht 24 ff, 104, 111, 160, 168, 194 f, 209
 Staatsangehörigkeit des Kindes 96, 219 f, 227
 Stabilitätsgrundsatz 48, 90, 93, 95 f, 98, 109, 142, 162, 227, 238
 Standards 23, 62, 80 ff
 Stiefgeschwister 113
 Subsidiaritätsklausel s elterlicher Primat
 Systemischer Ansatz s Familiendynamischer Ansatz
- Tagesbetreuung 193, 203
 Teilfamilie 194
 Teilmündigkeit 62, 114, 152, 156
 Therapie 24 f
 Tod eines Elternteils 28, 189, 197, 200
 Todeserklärung 5, 28, 199
 Transsexualität 76
- Übereinstimmender Elternvorschlag 4, 10 f, 16 f, 19, 23, 40 ff, 50 f, 57, 129–157, 204, 207 f
- Bindungswirkung gem Abs 3 S 1 41, 129, 140, 149 ff, 157
 - hins gemeinsamer Sorge 164, 166 f, 172 f, 183 f, 204, 206, 210
 - Widerruf 145 ff, 172
- Übersiedlung ins Ausland 48, 96 f, 142, 145, 192, 227 f
- Umgangsbestimmungsrecht 194
 Umgang s Kontakt
 Umgangsrecht
- des auch sorgeberechtigten Elternteils analog § 1634 Abs 4 188
 - des nichtsorgeberechtigten Elternteils 97, 109, 194, 229
- Umplazierung 85, 102, 107, 109, 128, 142, 192 f, 227, 236 ff
- Unteilbarkeitsgrundsatz 28, 38, 57, 139, 142, 187
- Ausnahmen 39 ff, 40, 140 ff, 194, 214
- Unterhalt
- des Gatten 3, 46, 55, 78, 148, 150, 190
 - des Kindes 3, 40 f, 46, 190
- Unterhaltspflegschaft 13, 40 f, 46, 190 f
- Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs 4 189, 192
- Verbundverfahren 4, 12, 37, 135, 146, 202 ff, 218, 220, 231
- Verfahrenskosten 218
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 17, 23, 25, 39, 168, 194 f
- Verhinderung des sorgeberechtigten Elternteils 50, 189
- Vermittlung
- durch Gericht 24 ff, 104, 133, 155, 157, 168, 173, 178, 182, 198, 207, 211
 - durch beratende Institutionen 24 f, 133, 168, 178, 182
 - durch Sachverständigen 133, 168, 211
- Vermögenssorge 8, 11, 34, 38 ff, 140 f, 156, 187, 196
- Vertretung des Kindes 8, 38, 41, 45, 47, 139, 187 f, 190
- Vollstreckung 63, 67, 121, 215 f, 223, 226, 228, 234, 236–240
- Vormund 11, 27, 33, 39 ff, 45, 50, 138, 154, 190–197, 215, 219
- Vormundschaftsgericht 31 ff, 38, 45 f, 50, 188, 196 f
- Maßnahmen gem §§ 1666 ff 31 ff, 38 f, 65, 191, 196 f, 210
- Wächteramt des Staates 1 f, 17 ff, 37, 39, 41, 78, 103, 129, 133, 160, 165, 167 f, 183 f, 186, 191, 194 f, 206, 211
- Wertbildung 62, 79 ff
- Wiederheirat 48, 142, 200
- gegenseitige 197, 200
- Wiederversöhnungswunsch 161, 163
- Wirtschaftliche Verhältnisse 98
- Wohlverhaltensklausel 2, 26, 94, 104, 188
- Wohngemeinschaft 82
- Zeitfaktor 91 f, 108, 127
- Zeitgefühl des Kindes 93, 127
- Zerrüttungsprinzip 6, 12, 78
- Zerrüttungsvermutung 4, 12
- Zeuge 205
- Zeugen Jehovas 47, 82
- Zwangsbegutachtung 25, 210
- Zwangstherapie der Eltern 24 f, 211

I. Grundsätzliches

1 1. Normbedeutung

Während § 1666 die generelle Demarkationslinie zwischen elterlicher Erziehung und staatlichem Wächteramt bezeichnet (Art 6 Abs 2 S 1 und Abs 2 S 2 GG; § 1 Abs 2 S 1, 2 KJHG), gewissermaßen den staatlichen Minimalschutz für **jedes** Kind ungeachtet der familiären Strukturen, konkretisiert § 1671 die Zuordnung elterlicher und staatlicher Verantwortung speziell für die Situation der durch die Ehescheidung ihrer Eltern betroffenen Kinder. Thematik des § 1671 ist die Frage, ob und ggf wie die den Eltern bislang (regelmäßig) gemeinsam zustehende elterliche Sorge (§§ 1626, 1627, 1629) für die Zeit nach der Eheauflösung neu zu regeln ist (zu den Entscheidungsalternativen Rz 40).

2 Diese Frage ist bei **jeder** Scheidung vom Familienrichter zu beantworten. Das Gesetz geht davon aus, daß das Ereignis der Scheidung per se eine Intervention des Staates als Wächter des Kindesinteresses rechtfertigt (Abs 1). Eine konkrete Gefährdung des Kindes muß nicht festgestellt werden (anders nur bei Abs 5, der thematisch eher in den Bereich des § 1666 gehört), und auch auf elterliche Pflichtwidrigkeiten kommt es unstreitig nicht an (MünchKomm-Hinz Rz 1; zur Diskussion bei § 1666 vgl dort Rz 17 ff). Allein maßgeblicher Gesichtspunkt bei der in § 1671 geregelten Intervention ist die **Wahrung des Kindeswohls** in einer tiefgreifenden, die bisherigen Familienstrukturen umstürzenden familiären Krise und bei der zukunftsgerichteten Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses (zu den rechtlichen Funktionen des Kindeswohlprinzips im einzelnen unten Rz 18; zum Stellenwert anderer Interessen Rz 52–64). Dabei folgt nicht nur aus der Beschränkung des Staates auf ein Wächteramt (Art 6 Abs 2 S 2 GG; § 1 Abs 2 S 2 KJHG), sondern auch aus der Aufgabenstellung und Funktion des Familienrichters, daß die sachliche **Verwirklichung des Kindeswohls** im täglichen, familiären Leben nach der Scheidung durch die Regelung nach § 1671 nicht gewährleistet werden kann. Dies bleibt, entsprechend dem Grundsatz des Art 6 Abs 2 S 1 GG, Sache des oder der Sorgeberechtigten (sowie auch des nur umgangsberechtigten Elternteils, § 1634 Abs 1 S 2): Die familienrichterliche Entscheidung stellt nur die äußerliche Konstitution und die Funktionsbedingungen der Nach-Scheidungsfamilie her, sie schafft eine rechtliche Rahmenordnung, die die unmittelbare Verwirklichung der Kindesinteressen durch die insoweit zuständigen Eltern nach den gegebenen Umständen am ehesten ermöglicht, günstigenfalls wahrscheinlich sein läßt (FTHENAKIS, Brühler Schriften Bd 3 [1984] S 33 ff, 42, 54; COESTER, Brühler Schriften Bd 4 [1986] S 35 ff, 36; JOPF FamRZ 1987, 875, 878; PROKSCH FamRZ 1989, 916, 922; SIMITIS in: GOLDSTEIN ua III S 196).

3 Die Entscheidung über das Sorgerecht für gemeinsame Kinder hat für die beteiligten Familienmitglieder in persönlicher, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht zentrale Bedeutung. § 1671 ist nicht eine Verteilungsregel für ein besonderes Gut aus der Liquidationsmasse der ehelichen Familie, vergleichbar etwa den Regeln bezüglich Hausrat oder Zugewinn (vgl das Bild der Scheidungsfamilie als Trümmerlandschaft bei LEMPP, Ehescheidung S 10). Die auch nach Trennung und Scheidung fortbestehenden Eltern-Kind-Beziehungen erhalten vielmehr eine diesen Ereignissen angepaßte, neue rechtliche Verfassung. Damit wird nicht nur die Neugestaltung auch hinsichtlich der **tatsächlichen** Lebensverhältnisse und persönlichen Beziehungen vorgezeichnet (oder sanktioniert, soweit schon faktisch eingespielt) – eine für die weitere Entwicklung vor allem der Kinder, aber auch der Eltern lebensgestaltende Entscheidung (D SCHWAB, Handbuch Rz III 1, 2). Auf **rechtlicher** Ebene fällt bei künftiger Alleinsorge eines Elternteils die weitgehende „Entrechtung“ des

anderen Teils schwer ins Gewicht (Restberechtigung: § 1634, latent § 1681, 1696). Auch für die Regelung sonstiger Scheidungsfolgen ist die sorgerechtliche Weichenstellung präjudiziell (*Gattenunterhalt*: §§ 1570, 1571 Nr 2, 1572 Nr 2, 1573 Abs 5 S 1 HS 2, 1574 Abs 2 HS 2, 1578, Abs 1 S 2 HS 2, S 3, 1579 Einleitungssatz und Nr 1, 1582; *Kindesunterhalt*: § 1606 Abs 3 S 2; *Familienwohnung*: vgl die zu §§ 3, 5, 6 HausratsVO entwickelten Kriterien).

Auf Grund der menschlichen und rechtlichen Implikationen der Sorgerechtsentscheidung gilt diese (jedenfalls bei Elternstreit) zu Recht als eine der schwierigsten, verantwortungsvollsten (und oft auch quälendsten) richterlichen Aufgaben (JOHANNSEN-HEINRICH-JAEGER Rz 4; COESTER, Kindeswohl S 61, 98; vgl KOEHEL FamRZ 1986, 637, 639 Fn 27 zur psychischen Belastung der Familienrichter). Konstant hohe Scheidungsziffern (über 100 000 pro Jahr seit 1981, mit etwa ebensoviel betroffenen Kindern, vgl statistische Angaben bei PROEBSTING StAZ 1990, 9 ff) sichern §§ 1671, 1672 erhebliche quantitative, ja sogar gesellschaftspolitische Bedeutung. Dem entspricht ein intensives Bemühen seitens der Rechts- und Nachbarwissenschaften um diese Regelungsfrage, das Mitte der Sechzigerjahre begonnen hat und unvermindert anhält (die eingangs gegebenen Schrifttumshinweise beschränken sich auf neuere Spezialliteratur, ältere Nachweise in der Voraufgabe sowie auch in den Schrifttumsangaben zu § 1634).

Der Bedeutung der Sorgerechtsregelung wird auch im **Verfahrensrecht** Rechnung 4 getragen. Bei Vorhandensein gemeinschaftlicher minderjähriger Kinder ist über die elterliche Sorge als Folgesache von Amts wegen gleichzeitig und zusammen mit der Scheidungssache zu verhandeln und, sofern dem Scheidungsantrag stattgegeben wird, einheitlich durch Urteil zu entscheiden (**Verbundverfahren**, §§ 623 Abs 1 S 1, Abs 3 S 1; 621 Abs 1 Nr 1; 629 Abs 1 ZPO; vgl Rz 201). Bei *einverständlicher Scheidung* nach nur einem Trennungsjahr können sich die Ehegatten nur dann auf die Zerrüttungsvermutung des § 1566 Abs 1 stützen, wenn sie mit dem Scheidungsantrag einen übereinstimmenden Vorschlag zur Neugestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses vorlegen (§ 630 Abs 1 Nr 2 ZPO). Beabsichtigt das FamG, von einem übereinstimmenden Elternvorschlag abzuweichen, so hat es insoweit vorab zu entscheiden, das Verfahren über den Scheidungsantrag selbst ist bis zur Rechtskraft des Sorgerechtsbeschlusses auszusetzen (§ 627 ZPO; OLG München FamRZ 1984, 407). Diese Verfahrensregelungen verfolgen einen doppelten Zweck: Sie sollen den Ehegatten die Auswirkungen der beabsichtigten Scheidung vor Augen führen und damit unbedachte, übereilte Scheidungen verhindern (BGH NJW 1983, 1317, 1318), und es soll sichergestellt werden, daß das Eheband nicht gelöst wird ohne rechtliche Befriedung und Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses.

§ 1671 stellt schließlich über die Scheidungsthematik hinaus ein **Regelungsmodell** 5 zur Verfügung, dessen Grundsätze direkt oder entsprechend auch in **anderen Situationen** familiärer Trennung anwendbar sind, so etwa bei schlichtem Getrenntleben der verheirateten Eltern (§ 1672), bei Eheaufhebung oder -nichterklärung (§§ 37 Abs 1 EheG, 1671 Abs 6, vgl 1591 Abs 1 S 1 HS 2, 1719 HS 2) sowie der Situation des § 1681 Abs 2 S 3 iVm § 38 Abs 2 EheG. Entsprechendes sollte für die faktische Auflösung der „Nichtehe“ sowie – de lege ferenda – einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gelten (Rz 28–30 und 198, 199).

2. Gesetzesgeschichte

6

Die vielfältigen Veränderungen, die die Vorschrift bis zu ihrer heutigen Gestalt durchlaufen hat, spiegeln deutlich vier Entwicklungslinien wider, die das Familienrecht im 20. Jh entscheidend geprägt haben: (1) Die rechtliche Gleichstellung von

Mann und Frau (teils im Gefolge, teils im Vorgriff auf entsprechenden gesellschaftlichen Wandel), (2) der Wechsel vom Schuld- zum Zerrüttungsprinzip bei der Ehescheidung, (3) die verstärkte Beachtung und Sicherung der individuellen Kindesinteressen auch im ehelichen Familienverband, und damit verbunden (4) der Trend von starren Zuteilungsschemata und -kriterien zum Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit (vgl. SCHLÜTER, Elterliches Sorgerecht [1985]).

- 7 Nach **gemeinem Recht** übte die Ehescheidung grundsätzlich weder auf die väterliche Gewalt noch auf das Erziehungsrecht Einfluß aus; doch konnte das Erziehungsrecht, wenn der Ehemann als der schuldige Teil erklärt war oder wenn nach richterlichem Ermessen das Interesse des Kindes es erforderte, der Mutter zugesprochen werden (Nachw. Vorauf. Rz. 2).

- 8 Das **BGB** traf in § 1635 folgende Regelung:

Ist die Ehe aus einem der in den §§ 1565 bis 1568 bestimmten Gründe geschieden, so steht, solange die geschiedenen Ehegatten leben, die Sorge für die Person des Kindes, wenn ein Ehegatte allein für schuldig erklärt ist, dem anderen Ehegatten zu; sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so steht die Sorge für einen Sohn unter sechs Jahren oder für eine Tochter der Mutter, für einen Sohn, der über sechs Jahre alt ist, dem Vater zu. Das Vormundschaftsgericht kann eine abweichende Anordnung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist; es kann die Anordnung aufheben, wenn sie nicht mehr erforderlich ist.

Das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes bleibt unberührt.

Das BGB sah also in seiner ursprünglichen Fassung für den Fall der Scheidung in Anknüpfung an Scheidungsschuld sowie Alter und Geschlecht des Kindes den automatischen Übergang der tatsächlichen Personensorge auf einen Elternteil vor und ließ nur im Einzelfall eine abweichende Anordnung des VormG zu, wenn die Regel des § 1635 Abs. 1 S. 1 das Interesse des Kindes gefährdete. Die Vermögenssorge und die Vertretung des Kindes verblieben stets dem Vater. Die Zuweisung der Personensorge an einen Dritten war im Rahmen des § 1635 Abs. 1 S. 2 nicht zulässig, sie konnte nur unter den Voraussetzungen des § 1666 erfolgen.

- 9 Das **Ehegesetz 1938** brachte in § 81 eine völlig neue Regelung:

Ist die Ehe geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, welchem Ehegatten die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes zustehen soll. Maßgebend ist, was nach Lage der Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

Sind mehrere gemeinschaftliche Kinder vorhanden, so soll die Sorge für die Person aller Kinder dem gleichen Elternteil übertragen werden, sofern nicht eine abweichende Regelung aus besonderen Gründen geboten und mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist.

Einem Ehegatten, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt ist, soll die Sorge nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient.

Das Vormundschaftsgericht kann die Sorge einem Pfleger übertragen, wenn dies aus besonderen Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Das Vormundschaftsgericht kann die Anordnung jederzeit ändern, wenn das Wohl des Kindes es erfordert.

Vor der Entscheidung sind die geschiedenen Ehegatten zu hören.

Die Anhörung kann unterbleiben, wenn sie untunlich ist.

In grundsätzlicher Abkehr von dem allgemein als unbefriedigend erkannten Schematismus des § 1635 machte diese Vorschrift dem VormG zur Pflicht, in jedem Fall

von Amts wegen eine Entscheidung über die Personensorge einschl der Vertretung des Kindes auf diesem Gebiet zu treffen. Für diese Entscheidung sollte das Wohl des Kindes maßgeblich sein, doch kam der Scheidungsschuld weiterhin Bedeutung zu. Geschwister sollten möglichst nicht getrennt werden (Abs 2). Die Personensorge konnte nunmehr auch einem Dritten in Form der „Sorgerechtspflegschaft“ ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 übertragen werden (Abs 4). Abs 5 brachte für die Abänderung der Entscheidung eine die allgemeine Vorschrift des § 1635 einengende Sonderbestimmung. Abs 5 erweiterte die in § 1673 aF bestimmten Anhörungspflichten (LitNachw in Voraufll Rz 4).

An die Stelle des § 81 EheG 1938 trat § 74 EheG 1946:

10

Ist die Ehe geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, falls eine Einigung der Ehegatten nicht zustande gekommen ist, welchem von ihnen die Sorge für die Person des oder der gemeinschaftlichen Kinder zustehen soll. Die Einigung der Ehegatten ist in einem schriftlichen Vorschlag binnen einer Frist von zwei Wochen nach Rechtskraft des Scheidungsurteils dem Vormundschaftsgericht zur Genehmigung vorzulegen.

Ist der Vorschlag innerhalb der in Absatz 1 bestimmten Frist nicht vorgelegt worden oder findet er nicht die Billigung des Vormundschaftsgerichts, so hat dasselbe diejenige Regelung zu treffen, die dem wohlverstandenen Interesse des oder der Kinder unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse am besten entspricht. Es kann dabei auch mit den Kindern persönlich Fühlung nehmen.

Vor der Entscheidung sind die geschiedenen Ehegatten persönlich zu hören. Von der Anhörung soll nur abgesehen werden, wenn sie unmöglich ist.

Einem Ehegatten, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt worden ist, soll die Sorge nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des oder der Kinder dient.

Das Vormundschaftsgericht kann die Sorge einem Pfleger übertragen, wenn dies aus besonderen Gründen für das Wohl des oder der Kinder erforderlich ist.

Das Vormundschaftsgericht kann die Regelung jederzeit ändern, wenn es dies im Interesse des Wohls des oder der Kinder für angezeigt hält.

Neu war die dem gemeinsamen Vorschlag der Eltern zugebilligte Bedeutung (Abs 1, 2). Die Regelung für Geschwister entfiel. Die an die Anhörung der Eltern gestellten Anforderungen wurden erhöht, Abs 2 S 2 sah eine persönliche Fühlungnahme mit den Kindern vor. Die Voraussetzungen für eine Änderung der Entscheidung wurden erleichtert (Abs 6). Hinsichtlich der Bedeutung der Scheidungsschuld und der Voraussetzungen für eine Pflegschaftsanordnung verblieb es bei den bisherigen Regelungen.

Das **GleichberG 1957** führte die Regelung zurück ins BGB. Die Änderungsvorschrift des § 74 Abs 5 EheG 1946 wurde in § 1696 verlagert, Anhörungspflichten in § 1695 aF. Die zentrale Regelung, von nun an § 1671, lautete:

11

Ist die Ehe der Eltern geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, welchem Elternteil die elterliche Gewalt über ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll.

Von einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern soll das Vormundschaftsgericht nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.

Haben die Eltern innerhalb von zwei Monaten nach Rechtskraft des Scheidungsurteils keinen Vorschlag gemacht oder billigt das Vormundschaftsgericht ihren Vorschlag nicht, so trifft es die Regelung, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohle des Kindes am besten entspricht. Ist ein Elternteil allein für schuldig

erklärt und sprechen keine schwerwiegenden Gründe dafür, ihm die elterliche Gewalt zu übertragen, so soll das Vormundschaftsgericht sie dem schuldlosen Teil übertragen.

Die elterliche Gewalt soll in der Regel einem Elternteil allein übertragen werden. Erfordert es das Wohl des Kindes, so kann einem Elternteil die Sorge für diese Person, dem anderen die Sorge für das Vermögen des Kindes übertragen werden.

Das Vormundschaftsgericht kann die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes einem Vormund oder Pfleger übertragen, wenn dies erforderlich ist, um eine Gefahr für das geistige oder leibliche Wohl oder für das Vermögen des Kindes abzuwenden.

Die vorstehenden Vorschriften gelten auch, wenn die Ehe der Eltern für nichtig erklärt worden ist. Der Schuldigerklärung steht es gleich, wenn einem der Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt war.

Regelungsgegenstand war demnach nun die *gesamte elterliche Gewalt*. Die Maßgeblichkeit der Scheidungsschuld wurde eingeschränkt, dem Elternvorschlag in Gewicht und Vorlagefrist mehr Spielraum gewährt. Das Prinzip der Alleinzuständigkeit taucht erstmals ausdrücklich (als Sollvorschrift) auf, ebenso die entsprechende Anwendbarkeit bei Nichtigserklärung der Ehe. Die Sorgerechtsübertragung auf Vormund oder Pfleger wurde den Voraussetzungen des § 1666 angepaßt (zu dieser Gesetzesfassung vgl die Kommentierung von SCHWOERER in der Voraufll).

- 12 Mit dem durch das **1. EheRG** ab 1. 7. 1977 eingeführten Zerrüttungsprinzip entfiel die **Scheidungsschuld** als Zuteilungskriterium nun endgültig. Im übrigen wurde die Entscheidungszuständigkeit des **Familiengerichts** begründet und das Verbundprinzip eingeführt.
- 13 Die letzte gesetzgeberische Änderung durch das am 1. 1. 1980 in Kraft getretene **SorgeRG** hat – mit einer wesentlichen Ausnahme – zu der derzeit geltenden Gesetzesfassung geführt. Das **Kindesswohl** wurde als Leitprinzip der Sorgerechtsentscheidung durch Umstellung der Absätze 2 und 3 stärker herausgestellt. Außerdem erfuhr es eine inhaltliche Konkretisierung durch den gesetzlichen Hinweis auf die Bindungen des Kindes (dazu Rz 99 ff). Der **Wille** des Kindes fand materiellrechtlich nur eine begrenzte Regelung (Abs 3 S 2), ergänzt jedoch durch eine grundsätzliche richterliche Anhörungspflicht (§ 50 b FGG). Der **Grundsatz der Alleinzuständigkeit** wurde von einer Sollvorschrift zu zwingendem Recht; hiermit wollte der Gesetzgeber eine zuvor aufgekommene Diskussion über die Zulässigkeit eines gemeinsamen Sorgerechts nach Scheidung beenden (BT-Drucks 8/2788 S 63). Schließlich wurde die Möglichkeit einer Unterhaltspflegschaft (Abs 5 S 2) eingeführt (dazu Rz 46), sowie Abs 6 modifiziert.
- 14 Den vorläufigen Schlußpunkt der Gesetzesentwicklung hat das **BVerfG** mit seiner **Entscheidung vom 3. 11. 1982** (BVerfGE 61, 358 = NJW 1983, 101 = FamRZ 1982, 1179) gesetzt: Der Zwang zur Übertragung der elterlichen Sorge auf einen der Elternteile, also das Prinzip der Alleinzuständigkeit wurde in seiner Ausnahmslosigkeit für verfassungswidrig und **Abs 4 S 1** demgemäß für **nichtig** erklärt. Art 6 Abs 2 S 1 GG gebiete es, jedenfalls in jenen Ausnahmefällen, in denen die Eltern trotz der Ehescheidung hinsichtlich der Kinder kooperationswillig und -fähig seien und Kindeswohlgesichtspunkte nicht entgegenstünden, die Möglichkeit eines **gemeinsamen Sorgerechts** auch nach der Scheidung offenzuhalten (zur grundsätzlichen rechtspolitischen Bedeutung dieser Entscheidung unten Rz 23–26; zum gemeinsamen Sorgerecht ie Rz 158 ff).

3. Verfassungsrechtlicher Hintergrund des § 1671 und Folgerungen für das Normverständnis

a) Verfassungsrechtliche Vorgaben nach der Rechtsprechung des BVerfG

15

Regelungen über das elterliche Sorgerecht sind an Art 6 Abs 1 und 2 GG zu messen. In der Interpretation durch das BVerfG stellt sich das Elternrecht des Art 6 Abs 2 S 1 GG dar als „ein fiduziarisches Recht, ein dienendes Grundrecht, eine im echten Sinne anvertraute treuhänderische Freiheit“ (BVerfGE 59, 360, 376 f; BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182), die Grund und Grenzen findet in der Aufgabe, das Kind zu pflegen und zu erziehen zu einer selbstbestimmungs- und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit (BVerfGE 24, 119, 143 f). Elternrecht und -pflicht sind „unlöslich miteinander verbunden“ (BVerfGE 24, 119, 143). Die derart im Vordergrund stehende „Elternverantwortung“ ist im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Wahrnehmung staatlichen Kompetenzen für das Kindeswohl gegenüber vorrangig (Art 6 Abs 2 S 1 GG: „zuvörderst“) – elterliche Kindeswohlwahrung schließt die des Staates grundsätzlich aus. Dieser Vorrang beruht auf dem Gedanken, „daß in aller Regel Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution“ (BVerfG FamRZ 1981, 1179, 1182; Einzelh s Erl zu § 1626).

Trennung und Scheidung entbinden die Eltern nicht von ihrer Verantwortung 16 gegenüber dem Kind. Vielmehr folgt aus diesen Ereignissen „die Pflicht der . . . Eltern, die regelmäßig mit der Scheidung für die Entwicklung des Kindes verbundene Schädigung nach Möglichkeit zu mildern und eine vernünftige, den Interessen des Kindes entsprechende Lösung für seine Pflege und Erziehung sowie seine weiteren persönlichen Beziehungen zu den nunmehr getrennten Eltern zu finden“ (BVerfGE 31, 194, 205 = NJW 1971, 1447 f = FamRZ 1971, 421, 424; FamRZ 1982, 1179, 1182; vgl BVerfG NJW 1981, 217, 218). Eine einverständliche Regelung der Sorgerechtsfrage durch die Eltern rechtfertigt die Vermutung, daß sie ihre **fortwirkende Verantwortung** in diesem Sinne wahrgenommen haben (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182). Inhaltlich gehört es zur Elternverantwortung bei Scheidung, die Kinder von ihren eigenen Konflikten auf Gattenebene möglichst freizuhalten, eine fortbestehende gefühlsmäßige Bindung der Kinder an beide Elternteile zu achten (vgl auch § 1634 Abs 1 S 2) und „für die Entwicklung des Kindes förderliche familiäre Bindungen in einem Restbestand“ zu erhalten (BVerfG aaO).

Die einschneidenden Folgen der Scheidung für die Kinder rechtfertigen in jedem 17 Scheidungsfall eine **Intervention des Staates** als Wächter der Kindesrechte und -interessen (BVerfG NJW 1971, 1447, 1448; NJW 1981, 217, 218 [für den Fall mangelnder Elterneinigung]; NJW 1983, 101, 102 = FamRZ 1982, 1179, 1182 [für den Fall elterlicher Einigkeit]). Bei **elterlicher Einigkeit** beschränkt sich das Wächteramt, der vorerwähnten Vermutung entsprechend, auf eine Kontrollfunktion; mangels erkennbarer Verletzungen des Kindesinteresses durch die elterliche Sorgerechtslösung sind weitergehende staatliche Eingriffe oder Reglementierungen unzulässig (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182 ff). Bei **elterlichem Streit** ist der Staat sowohl als Wahrer des Rechtsfriedens wie der Kindesinteressen gefordert (BVerfG NJW 1971, 1447, 1448; NJW 1981, 217, 218; NJW 1981, 1771, 1773; NJW 1983, 101, 102 = FamRZ 1982, 1179, 1182). Allerdings ist auch bei durch Art 6 Abs 2 S 2 GG legitimierten staatlichen Eingriffen der Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* zu beachten (BVerfGE 24, 119, 145): „Der Staat muß daher nach Möglichkeit zunächst versuchen, durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der natürlichen Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen“. Nur wenn dies nicht gelingt, kommt unmittelbare Gestaltung der Lebensbedingungen des Kindes in Betracht (BVerfG aaO).

18 b) Folgerungen für Struktur und Inhalt des § 1671

§ 1671 normiert die Aufgaben und Kompetenzen des Staates, repräsentiert durch das FamG, hinsichtlich der von der Scheidung ihrer Eltern betroffenen Kinder. Deren *Wohl* ist gem Art 6 Abs 2 S 2 GG Basis und Richtpunkt staatlicher Tätigkeit (der in der Rechtsprechung des BVerfG auch anklingende Gesichtspunkte des „Rechtsfriedens“ und der „Schlichtung“ ist nachrangig, uU sogar fehlleitend, vgl COESTER, Kindeswohl S 138 ff). Die **Bedeutung des Kindeswohls als die gesamte staatliche Intervention beherrschenden Grundsatzes** kommt im Gesetz, trotz der nunmehrigen Voranstellung des Abs 2 vor dem die elterliche Einigung betreffenden Abs 3 nur unvollkommen zum Ausdruck. Richtigerweise sind, ebenso wie bei § 1666 (dort Rz 55), folgende Wirkungsfelder oder auch **Funktionen des Kindeswohls** bei der Sorgerechtsproblematik zu unterscheiden (vgl COESTER, Kindeswohl S 1 ff, 134 ff; ders Brühler Schriften Bd 4 [1986] S 35 ff; dem zT folgend HINZ, ZfJ 1984, 529; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 3, 4; RGRK-ADELMANN Rz 42; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 71; RABAA S 44 f):

(1) Aus den Kindesinteressen rechtfertigt sich zunächst die Befugnis des Staates, überhaupt kontrollierend und ggf regelnd der Scheidungsfamilie gegenüberzutreten und damit in den familienautonomen Regelungsprozeß einzugreifen – insoweit fungiert das Kindeswohl als **Eingriffslegitimation**.

(2) Zugleich zeichnet das Kindeswohl der staatlichen Intervention auch Inhalt und Richtpunkt vor – insoweit fungiert es als **Entscheidungsmaßstab**.

(3) Dem materiellrechtlichen Ziel der Kindeswohlwahrung darf die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der staatlichen Intervention nicht zuwiderlaufen – das Kindeswohl ist insoweit auch übergeordnete **Verfahrensrichtlinie**.

(4) Als einfaches Recht stellt § 1671 nur den Versuch des Gesetzgebers dar, die staatliche Wächterpflicht aus Art 6 Abs 2 S 2 GG angemessen umzusetzen. Das in dieser Verfassungsnorm verankerte Kindeswohlprinzip enthält deshalb auch den **verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Gestaltungsauftrag** an den Gesetzgeber, die staatliche Intervention inhaltlich so zu gestalten, wie es das Wohl der Scheidungskinder erfordert. Dies impliziert die Pflicht des Gesetzgebers zur Überprüfung und ggf Änderung des generellen Regelungsansatzes, wenn sich dieser als verbesserungsbedürftig erweisen sollte.

An dieser Stelle bedarf es nur einer Auseinandersetzung mit der erstgenannten Funktion des Kindeswohlprinzips (zum Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab unten Rz 66 ff; als Verfahrensrichtlinie Rz 202; als rechtspolitischer Gestaltungsauftrag Rz 23–26).

19 Die **Eingriffslegitimation** des Staates wird in § 1671 Abs 1 schlicht und generell unterstellt. Für den **Elternstreit** um das Kind ist diese Position des Gesetzes und des BVerfG (Rz 17) ernsthaft nicht bestritten. Nicht die Schlichtung eines privaten Konflikts ist hier dem Staat in erster Linie auferlegt, sondern vor allem der Schutz des potentiell gefährdeten Kindes. Dabei muß keine aktuelle „Gefährdung“ iSd § 1666 vorliegen – allein der Sachverhalt „Scheidung und Streit um das Kind“ stellt eine situationsbedingte, typische Gefährdungslage dar, die den Staat zum Eingreifen und Sicherstellen geordneter Rechtsverhältnisse legitimiert. Es handelt sich um eine situationsspezifische, von den Eingriffskriterien des § 1666 abgekoppelte Schutzfunktion des Staates (vgl BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182).

Bei **elterlicher Einigkeit** muß jedoch gefragt werden, warum den sich scheidenden Eltern nicht in gleicher Weise wie während intakter Ehe zugetraut wird, das Kindesinteresse verantwortlich zu konkretisieren und zu wahren, ohne staatliche

Kontrolle oberhalb des allgemeinen Kindesschutzrechts (§ 1666). Insoweit könnte angeführt werden: Angesichts erheblicher persönlicher und wirtschaftlicher Eigeninteressen beider Elternteile bei der Scheidung ist nicht ausgeschlossen, daß das Kind nur Handelsobjekt im Auseinandersetzungsprozeß der Eheleute war, oder daß der wirtschaftlich, psychisch oder intellektuell überlegene Teil dem anderen seine Vorstellungen aufgezwungen hat. Selbst wenn das nicht der Fall ist, ist in der Scheidungssituation die Fähigkeit der Eltern zu kindzentriertem Denken und Handeln oft erheblich eingeschränkt: Weitgehend fehlen schon die Kenntnisse von der Lage und den Bedürfnissen der Kinder in dieser Situation; hinzu tritt die Verstricktheit der Erwachsenen in ihre eigenen Probleme (zum ganzen COESTER, Kindeswohl S 287 ff mwN). Die Vermutung optimaler Kindeswohlwahrung durch die Eltern (Rz 15) ist also für die Familienkrise „Scheidung“ erheblich abgeschwächt, so daß die Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten grundsätzlicher Kontrollbedürftigkeit (Abs 3) vertretbar erscheint (nicht weiterführend mE der Ansatz, die staatliche Eingriffsbefugnis bei übereinstimmendem Elternvorschlag aus dem „Weichen“ des nicht vorgeschlagenen Elternteils herzuleiten [so SCHWAB, Handbuch Rz III 8] – die elterliche Sorge ist unverzichtbar [so in anderem Zusammenhang auch SCHWAB selbst Rz 71]).

Damit ist die generelle Unterstellung staatlicher Eingriffslegitimation in § 1671 **20** Abs 1 verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Aus ihr folgt die grundsätzliche Kompetenz des Staates, sich ungeachtet allgemeiner Kindesschutzkriterien in jedem Scheidungsfall in den familiären Regelungsprozeß einzuschalten. Weithin unbeachtet und deshalb hervorzuheben ist jedoch ein zweiseitiger Effekt des Kindeswohlprinzips hinsichtlich der Eingriffslegitimation: Das Kindeswohl *eröffnet* nicht nur staatliche Handlungsmöglichkeiten, sondern *begrenzt* sie auch. Das staatliche Eindringen in den Privatbereich muß nicht nur hinsichtlich des „Ob“, sondern auch des „Wie“ und „Wie weit“ jederzeit aus dem Kindesinteresse legitimierbar sein. Das Kindeswohl ist kein Vehikel, mittels dessen der sonst öffentlicher Kontrolle verschlossene Familien- und Persönlichkeitsbereich nun unbeschränkter staatlicher Bewertung unterworfen wäre (vgl SCHWAB, Handbuch Rz III 120, 123, 124). Das gilt für die Beurteilung von Persönlichkeit und Verhalten der Eltern (unten Rz 71–86) ebenso wie für Erziehungsfragen (Rz 87 ff). Das Bewußtmachen dieses Aspekts sollte helfen, gelegentliche Grenzüberschreitungen in der Praxis einzudämmen (vgl mwN COESTER, Kindeswohl S 218 f, 224 f, 227, 240 ff, 254 [„Sperrfunktion“ des Kindeswohls]; ders, Brühler Schriften Bd 4 [1986] S 35 ff, 38).

Die hier vertretene und herrschende Einstellung zum Eingriffsrecht des Staates bei **21** der Scheidung ist allerdings zunehmender rechtspolitischer **Kritik** ausgesetzt: Der *Zwang* zur familiengerichtlichen Entscheidung über die elterliche Sorge im Scheidungsurteil wirke oft erst als *Streitauslöser*, die Furcht vor gerichtlicher Entrechtung führe zur Kampfhaltung. De lege ferenda besser sei es, die Dinge sich „erst einmal entwickeln zu lassen“ und eine Sorgerechtsregelung nur für den Fall vorzusehen, daß bei Scheidung oder in der Folgezeit ein Elternteil (oder das Kind?) eine solche Regelung beantragt, entspr § 1672 für die Trennungsphase (BAER Zur Sache 1/78 S 87, 107; dies ZRP 1989, 344, 347 f; BERES DAVorm 1983, 16 f; DITZEN FamRZ 1987, 239 f; JOPT FamRZ 1987, 875, 881; LEMPP Zur Sache 1/78 S 117; LIDLE-HAAS S 35 f; MÜLLER-ALTEN ZfJ 1989, 443 ff; MünchKomm-HINZ Rz 76; *etwas abweichend* DICKMEIS ZfJ 1989, 57, 58, der eine staatliche Regelungsbefugnis nur unter den Voraussetzungen des § 1666 zulassen will; *ablehnend* LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 73, 74).

Immerhin wird ein solcher Ansatz **vereinzelt im Ausland praktiziert**, ohne daß von **22** Problemen berichtet wird (zB Schweden, UdSSR – allerdings fehlen fundierte

Erfahrungsberichte). Ihm folgte auch das novellierte FGB der DDR (§ 25 Abs 1, 5 FGB idF vom 20. 7. 1990, in Kraft vom 1. 10. bis 2. 10. 1990). Andererseits stehen ihm aber auch Bedenken entgegen: Er zielt nicht auf Eltern, die die Sorgerechtsfrage ohnehin einvernehmlich regeln oder aber streitig austragen, sondern vornehmlich auf konfliktscheuende, aber auch einigungsunfähige Eltern. Die Dinge sich faktisch entwickeln zu lassen, besteht schon während der gesetzlichen Trennungszeit Gelegenheit. Spätestens nach gewisser Konsolidierung der neuen Verhältnisse entspricht es elterlicher Pflicht, sich über die Situation ihrer Kinder klarzuwerden und deren Lebensverhältnisse kindgerecht zu ordnen und abzusichern. Wird die Kompetenzfrage erst bei aktuellen Regelungsproblemen (zB Berufswahl, Operation) aufgeworfen, drohen eine Blockierung kindgerechter Entscheidungen oder deren Verlagerung auf staatliche Instanzen (§ 1628). Statt konfliktauslösend kann der Entscheidungszwang bezüglich des Sorgerechts auch *einigungsfördernd* wirken (deutlich insoweit § 630 ZPO). Ein Offenlassen der Sorgerechtsfrage würde schließlich kaum vereinbar sein mit der verfassungsrechtlichen Abwägung von Elternrecht und Kindeswohl, die das BVerfG in seinem Urteil zur gemeinsamen Sorge geschiedener Eltern getroffen hat: Die gemeinsame Sorge würde dann künftig nicht mehr auf kontrollierter, kindeswohlverträglicher Einigung beruhen, sondern wäre unkontrollierte Folge einer auf Einigungsunfähigkeit beruhenden Nicht-Entscheidung der Eltern, bestenfalls elterlicher Entschlußlosigkeit. Nicht dieser nachzugeben scheint der richtige Weg, sondern die *Aufrechterhaltung des Regelungszwangs*, verbunden mit nachhaltiger staatlicher Förderung und Unterstützung des elterlichen Einigungsbemühens (dazu sogleich Rz 23–26).

23 c) Gesamtwürdigung des § 1671 im Lichte verfassungsrechtlicher Vorgaben und humanwissenschaftlicher Erkenntnisse

Mit § 1671 wird der klassische Regelungsansatz des BGB im Familienrecht fortgesetzt: Der Staat schaltet sich, sofern nicht Minimalstandards verletzt sind, in gesellschaftliche Prozesse nur ein als Konfliktschlichter oder als „Obervormund“ zum Schutze nicht voll geschäftsfähiger Personen. Instrument staatlicher Intervention ist die justizielle Entscheidung, vergleichbar dem chirurgischen Einschnitt in soziale Organismen, deren Selbstheilungskräfte versagt haben (jedenfalls für § 1671 unzutreffend die Qualifikation des Kindeswohlprinzips als „social engineering“, vgl WIEACKER, FS Weber [1974] 421, 440).

Dieser distanzierte Ansatz harmoniert schlecht mit dem verfassungsrechtlich vorgezeichneten Verhältnis von Familie und Staat. Geht man mit dem BVerfG (oben a) davon aus, daß (1) die Familie auch nach Scheidung als psychosozialer Verband (mit dem Kind als Bindeglied der geschiedenen Eltern) fortbesteht, (2) die gemeinsame vorrangige Verantwortung der ehelichen Eltern sich auch gerade darauf erstreckt, das Kindeswohl in der Scheidungssituation und für die Folgezeit zu wahren, (3) ein gemeinsamer Elternvorschlag vermutlich die für das Kind beste Lösung bedeutet, (4) die Erhaltung und Förderung der gefühlsmäßigen Kindesbindungen an *beide* Elternteile dem Kindeswohl dient, und stellt man dem schließlich (5) das Verhältnismäßigkeitsprinzip und die daraus folgende Verpflichtung des Staates gegenüber, **vor** Eingriffen zunächst helfend und unterstützend auf Wiederherstellung verantwortungsbewußten Elternverhaltens hinzuwirken, so wird deutlich, daß der Gesetzgeber mit § 1671 allein seinen Aufgaben gegenüber der Scheidungsfamilie nicht voll genügen kann (vgl RGRK-ADELMANN Rz 6: „begründete Zweifel“ am Grundsatz des § 1671; siehe auch SCHWAB, Handbuch Rz III 123–126). Die Aussagen des BVerfG zum *Verhältnismäßigkeitsprinzip* und zur vorrangigen Unterstützungspflicht staatlicher Organe (BVerfGE 24, 119, 145) wurden nicht im Scheidungszusammenhang getroffen, sondern im Kindesschutzrecht, wo sie inzwischen auch vom

Gesetzgeber verankert wurden (vgl § 1666 Rz 134 ff; § 1666 a Rz 1). Sie beanspruchen aber Geltung für die Wahrnehmung des staatlichen Wächteramtes schlechthin, das – nach herrschender und vom BVerfG geteilter Auffassung – auch Grundlage staatlicher Intervention bei Ehescheidung der Eltern ist. Es fehlte nur bislang an einer konsequenten Umsetzung dieser Erkenntnisse für die Scheidungssituation. Eine solche Umsetzung bedeutet zweierlei:

(1) Der Staat darf **gemeinsamen Elternvorschlag oder Elternstreit nicht als vorgegebene Fakten** nehmen und **nur zwei verschiedene Entscheidungsraster** bereithalten. 24
Um das Sorgerecht streitende Eltern werden ihrer *gemeinsamen* Verantwortung gegenüber dem Kind nicht gerecht. Die in jüngerer Zeit gewonnenen Erfahrungen aus familientherapeutischer Arbeit mit in der Scheidungskrise befangenen Familien zeigen deutlich, daß der Elternstreit im wesentlichen auf zwei Faktoren beruht: der persönlichen Verstricktheit jedes Elternteils in den Paar-Konflikt und der mangelnden Informiertheit über die eigenständigen Bedürfnisse und Wünsche des Kindes. Feindschaft und Streit herrschen oft nur an der Oberfläche, dahinter stecken Verletztheit, Angst und Hilflosigkeit (vgl THALMANN FamRZ 1984, 634, 638; RABAA S 136 [äußerer Konflikt eigentlich „Hilferuf der Familie“]; WENDL-KAMPMANN-WENDL S 31 ff, 106 ff; FIGDOR, Brühler Schriften Bd 6 [1990] S 21 ff).

Vermittlung durch kompetente Dritte und Unterstützung bei der Erarbeitung tragfähiger Arrangements in der Sorgerechtsfrage wird von einem erheblichen Teil der zerstrittenen Eltern nicht als „staatliche Zwangstherapie“ empfunden, sondern dringend gewünscht und – wo immer öffentlich angeboten – aktiv nachgesucht (RABAA S 126 ff, 155 ff [sowie 115 ff zum „Stuttgarter Modell“ und „Familiennotruf München“]; FTHENAKIS ArchfsozArb 1986, 174 ff, 186 ff [„Münchener Modell“]; zum „Bielefelder Modell“ PRESTIEN in: Landeskinderbericht der Reg NRW 1982, 82 ff; ders RdJ 1988, 431, 437 ff; zu weiteren Modellen im In- und Ausland PROKSCH FamRZ 1989, 916, 918 ff; Berichte des Arbeitskreises 5 des 8. DFGT, Brühler Schriften Bd 6 [1990] S 68 ff).

Das Einigungspotential bei solchen Familien ist erheblich; mit professioneller Unterstützung erreichte Sorgerechtsvereinbarungen haben sich als bestandskräftig erwiesen (PROKSCH FamRZ 1986, 916, 921; FTHENAKIS aaO; PRESTIEN aaO).

Zur Abgrenzung: Das justizielle Entscheidungsmodell des § 1671 Abs 2 wird für 25
einen Bodensatz heillos zerrütteter Familienverhältnisse Bedeutung behalten und unverzichtbar sein. Das Grundgesetz legitimiert auch nicht staatlich verordnete Therapie für Scheidungsfamilien, die aus eigener Kraft zur konstruktiven Neuregelung ihrer Beziehungen nicht in der Lage sind (warnend DIECKMANN AcP 178 [1978] 298, 317 Fn 61; HINZ ZfJ 1984, 529, 532; KLENNER FamRZ 1989, 804, 807 f; RABAA S 121). Das Entscheidungsmodell des § 1671 Abs 2 ist damit sogar Garant privater Freiheit vor staatlicher Ingerenz. Aus Art 6 Abs 1 und 2 GG (Kindeswohlprinzip, Familienautonomie, Familienförderung) wie auch aus dem Sozialstaatsprinzip folgt aber die **Pflicht des Staates, Familien, die in soziale Not geraten sind und Hilfe wünschen, diese auch anzubieten**. Diese Konsequenz hat nun auch der Gesetzgeber gezogen. Zur Begründung des § 17 KJHG wird angeführt, es gehöre „zur Wirklichkeit jeder Familie, daß sie . . . in Krisen und Konflikte geraten kann, deren Bewältigung ihre eigenen Kräfte übersteigt“. Ein dem Verhältnismäßigkeitsprinzip verpflichtetes, präventiv verstandenes Wächteramt erfülle seine Aufgabe auch im Scheidungsfall deshalb vorrangig durch Hilfe und Unterstützung für die Eltern bei der Herstellung oder Wiederherstellung verantwortungsbewußten Elternverhaltens (RegE, BR-Drucks 503/89 S 65 [dort noch § 15 KJHG]; vgl auch BT-Drucks 11/5948 S 58). Der *sozialrechtliche Hilfsansatz des § 17 KJHG* ist deshalb sachlich notwendige und verfassungsrechtlich gebotene *Ergänzung* zum privatrechtlichen

Entscheidungsmodell des § 1671 Abs 2 BGB, er ist ihm rechtlich wie tatsächlich *vorgelagert* (tendenziell in diesem Sinne FTHENAKIS ArchfsozArb 1986, 174 ff, 189; ders FamRZ 1985, 662, 670 f; FINGER Jura 1984, 133, 139; PROKSCH FamRZ 1989, 916 ff; RABAA S 53 ff; COESTER, Kindeswohl S 319 ff; ders, Brühler Schriften Bd 4 [1986] S 35 ff, 48; wohl auch KLENNER FamRZ 1989, 804, 807 f; KOECHEL FamRZ 1986, 637, 640 f). Dies auch unter dem Gesichtspunkt, daß bei familieninterner Konfliktlösung die staatliche Persönlichkeits- und Beziehungsanalyse, wie sie unvermeidliche Voraussetzung justizieller Entscheidung ist, zurückgedrängt, uU sogar verzichtbar wird. Persönlichkeitsrechtliche Bedenken gegen das Entscheidungsmodell des § 1671 sowie „kindschädigende Potenzen“ des Entscheidungsverfahrens selbst (dazu SCHWAB, Handbuch Rz III 121–126) verlieren damit an Gewicht.

- 26 (2) Ziel staatlicher Förderung** hat nicht nur die elterliche Einigung als solche zu sein, sondern darüber hinaus ein Einigungsinhalt, der das als fundamental erkannte Bedürfnis von Scheidungskindern bestmöglich befriedigt: **Den Erhalt positiver Beziehungen zu beiden Eltern** (zu letzterem vor allem die empirischen Forschungen von WALLERSTEIN-KELLY, *Surviving the Breakup* [1980] 307 ff, dazu COESTER, Kindeswohl 181 f mwN; WALLERSTEIN-BLAKESLEE, *Gewinner und Verlierer...* [1989]; aus der *Rechtsprechung*: BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036; FamRZ 1985, 527; OLG Bamberg FamRZ 1987, 509, 510; FamRZ 1988, 752; vgl auch BT-Drucks 8/2788 S 54, 61. *Sonstige Literatur*: FTHENAKIS, Gutachten S 48 ff; ders ArchfsozArb 1986, 174 ff, 186 mwN; ders, Väter Bd 2 S 55 ff; FTHENAKIS-NIESEL-KUNZE, *Ehescheidung* S 121 ff; LEMPP, *Ehescheidung* [1982] S 35 ff; LIMBACH, *Gemeinsame Sorge* S 52; PROKSCH FamRZ 1989, 916, 917 mwN; RGRK-ADELMANN Rz 6). Gesetzlichen Niederschlag hat diese Leitidee gefunden in § 1634 Abs 1 S 2 BGB (vgl auch unten Rz 94), sie kann auch zwanglos der „Bindungsklausel“ in § 1671 Abs 2 integriert werden: Die Erhaltung der Bindung an **beide** Elternteile geht der Erhaltung nur der stärkeren Bindung vor (vgl JOPT FamRZ 1987, 875, 884; zu den kindlichen Bindungen unten Rz 99 ff). Dieses inhaltliche Ziel staatlicher Unterstützung und Förderung ist von der Gestaltung der rechtlichen Sorgezuständigkeit prinzipiell unabhängig, es kann auch im Rahmen der Alleinsorge eines Elternteils erreicht werden (JOPT aaO; FTHENAKIS ArchfsozArb 1986, 174 ff, 187). Es findet jedoch seinen optimalen und auch äußerlichen Ausdruck in einem verantwortungsvoll erarbeiteten *Kooperationsplan* als Grundlage fortgeführter *gemeinsamer Sorge* für die Kinder. Zutreffend nimmt deshalb § 17 Abs 1 Nr 3, Abs 2 KJHG auch dieses inhaltliche Ziel in die staatlichen Förderungsbemühungen auf (deutlich die Begründung zum RegE, BT-Drucks 11/5948 S 58, vgl auch S 87 f: Kindeswohlbegriff nicht statisch, sondern dynamisch zu verstehen). Das „gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung“ ist keine Problemlösung für die große Masse der Scheidungsfälle, das Potential geeigneter Familien ist gegenwärtig aber sicherlich noch nicht ausgeschöpft. Letzteres anzustreben gebietet nicht nur das Kindeswohl, sondern auch das Elternrecht – erspart das gemeinsame Sorgerecht doch die „Entrechtung“ (und damit auch Entpflichtung!) eines Elternteils. Die Legitimation zum Eingriff in das Elternrecht fehlt nicht nur bei aktueller, kindeswohlgemäßer Einigkeit der Eltern zugunsten gemeinsamen Sorgerechts (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182), sondern schon bei potentieller Kooperationsfähigkeit und -willigkeit, solange nicht angemessene Hilfe und Unterstützung zur Aktualisierung dieses Einigungspotentials angeboten und ggf gewährt worden ist (zum gemeinsamen Sorgerecht ie unten Rz 158 ff).

II. Anwendungsbereich

1. Persönlich

27

Regelungsgegenstand ist die elterliche Sorge für **gemeinschaftliche eheliche Kinder** (§§ 1591, 1593; gemeinsame Sorgeberechtigung im Scheidungszeitpunkt ist nicht erforderlich, Rz 31 ff). Hierzu gehören auch nichtehelich geborene Kinder, wenn sie durch die Heirat ihrer Eltern legitimiert worden sind (§ 1719) sowie gemeinschaftliche Adoptivkinder (Voraussetzung: Gemeinschaftliche Adoption, § 1741 Abs 2 S 1, oder Stiefkindadoption, § 1741 Abs 2 S 2 iVm § 1754 Abs 1). Das nur einbenannte Kind ist rechtlich kein gemeinschaftliches, sondern bleibt nichteheliches Kind seiner Mutter (§ 1618 Rz 61).

Das elterliche Sorgerecht besteht nur für **minderjährige** Kinder (§ 1626 Abs 1 S 1). Maßgeblicher Zeitpunkt ist insoweit der voraussichtliche Scheidungstermin. Ist das Kind bei Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags noch minderjährig, wird es aber bei Scheidung volljährig sein, so wird im Scheidungsurteil nicht über die elterliche Sorge zu entscheiden sein, folglich können einschlägige Ermittlungen von vornherein unterbleiben (JOHANNSEN-HEINRICH-JAEGER Rz 10). Sind die Eltern für ein *volljähriges behindertes Kind* zu Mitvormündern oder Mitpflegern (LG Berlin FamRZ 1986, 103 f) oder – ab 1. 1. 1992 – zu Mitbetreuern (§ 1899 idF des BetrG) bestellt, so ist bei Scheidung ihrer Ehe über den Fortbestand ihres Amtes nicht gem § 1671, sondern nach Vormund- und Pflegschaftsrecht bzw nach Betreuungsrecht zu entscheiden (ggf teilweise Aufhebung oder Entlassung). Dabei kommt eine Anlehnung an die sachlichen Kriterien des § 1671 in Betracht.

2. Sachlich

a) Entscheidungssituationen

28

Regelungsgegenstand ist die **Sorgerechtszuständigkeit** für die gemeinsamen minderjährigen Kinder für die Zeit **nach der Scheidung** (zum Grundsatz der Unteilbarkeit der elterlichen Sorge Rz 38, 48 ff). Bei **Tod** eines Elternteils während bestehender Ehe ist über das Sorgerecht nicht richterlich zu entscheiden, die Sorge steht allein dem überlebenden Elternteil zu (§ 1681 Abs 1 S 1). Wohl aber ist § **1671 entsprechend** anwendbar auf andere Formen der Eheauflösung (Nichtigerklärung und Aufhebung der Ehe, Neuheirat nach unrichtiger Todeserklärung, s Rz 5) wie auch bei nur faktischer Trennung verheirateter Eltern gem § 1672. Darüber hinaus sollte § 1671 entsprechend angewendet werden bei faktischer Trennung von Eltern, deren Verbindung sich als **Nichtehe** herausgestellt hat, sofern nicht Heilung dieses Mangels anzunehmen ist (dazu MASSFELLER-COESTER Vorbem 1–4 zu § 16 ff EheG). Nicht auf das Eheband kommt es entscheidend an, sondern auf die gelebte, vermeintlich eheliche Familiengemeinschaft.

Eine Anwendung des § 1671 bei Auflösung **nichtehelicher Lebensgemeinschaften** scheidet nach herrschender Auffassung aus, die Kinder stehen unter elterlicher Sorge allein der Mutter (§ 1705). Bei de lege ferenda einzuräumender Möglichkeit gemeinsamen Sorgerechts auch für nichtverheiratete, zusammenlebende Eltern (dagegen noch BVerfGE 56, 363 ff; KG FamRZ 1982, 95 ff) wird zu klären sein, ob der Grundsatz staatlicher Intervention im Kindesinteresse (§ 1671 Abs 1) hier – mangels gerichtlicher Scheidung – an die faktische Trennung anknüpfen sollte, oder ob es insoweit beim Antragssystem des § 1672 bleibt – mit der Folge, daß das gemeinsame Sorgerecht der Eltern bei Trennung ohne weiteres fortbestünde bis zur Stellung eines Antrags auf Alleinsorge (vgl SCHWENZER, Status S 269 f, auch zum gemeinsamen Sorgerecht nichtverheirateter Eltern ohne Lebensgemeinschaft).

Rechtspolitisch vertretbar sind beide Lösungen, rechtssystematisch kommt aber jedenfalls nur eine *Gleichbehandlung* ehelicher und nichtehelicher Kinder mit gemeinsamem Sorgerecht in Betracht (zur Problematik auch LIEB, Gutachten z 57. DJT [1988] A 102, 113).

- 30 Schließlich wird eine entsprechende Anwendung des § 1671 bei **nichtverheirateten Eltern schlechthin** vorgeschlagen: De lege ferenda soll § 1705 nur Regelzuweisung sein, die durch vormundschaftsgerichtliche Entscheidung nach den Kriterien und mit den Gestaltungsmöglichkeiten des § 1671 geändert werden kann (SCHMIDT-ASSMANN, Referat 57. DJT [1988] J 31 ff, 43; COESTER-WALTJEN ebd J 165 f; MANSEES ebd J 157; für gemeinsames Sorgerecht nur auf gemeinsamen Antrag: SCHWENZER, Diskussionsbeitrag zum 57. DJT [1988] J 143 f [ohne richterliche Kindeswohlprüfung]; ebenso SCHMIDT-ASSMANN J 179; BATTES J 162; OEHLISCHLÄGEL J 171 f; dagegen wiederum MANSEES J 157 [mit richterlicher Kindeswohlprüfung]; **abl** insgesamt DAMM ebd J 148; LAUBACH J 167 f).

31 b) Verhältnis zu anderen Vorschriften

Zur **Regelungskonkurrenz von VormG (§§ 1666, 1667) und FamG (§ 1671)** s § 1666 Rz 37–39, 1667 Rz 6. § 1671 nimmt als Sonderregelung die Schutzfunktion der §§ 1666 ff insoweit in sich auf, als völlige Erziehungsunfähigkeit eines Elternteils (dann Übertragung auf den anderen) oder beider Elternteile (dann § 1671 Abs 5 S 1) festgestellt wird. Die Kompetenz des FamG, über die elterliche Sorge vom Scheidungszeitpunkt bis zur Volljährigkeit des Kindes zu entscheiden, wird auch nicht dadurch berührt, daß in das Sorgerecht eines oder beider Elternteile bereits **vor der Scheidung** kraft Richterspruchs oder Gesetzes eingegriffen worden ist: Die Sorgerechtsregelung gem § 1671 setzt aktuelle Sorgeberechtigung beider Elternteile im Scheidungszeitpunkt nicht voraus. Im Gegensatz zu anderweitigen Sorgerechtsbeschränkungen, die auf Kindesgefährdung (§§ 1666, 1667), Elternstreit (§§ 1672 BGB, 620 S 1 Nr 1 ZPO) oder elterlicher Verhinderung (§§ 1673–1675) beruhen und die entfallen oder aufzuheben sind, wenn ihre Voraussetzungen nicht mehr bestehen, ist gem § 1671 eine *auf Dauer angelegte Neuordnung* des Sorgerechtsverhältnisses für die (als endgültig vorgestellte) Nach-Scheidungsphase der Familie vorzunehmen (zur Wiederheirat der geschiedenen Eltern Rz 200). Die Umstände, die zu den bereits bestehenden Sorgerechtseinschränkungen geführt haben, sind in die familienrichterliche Abwägung einzubringen, machen sie aber nicht überflüssig. Die familiengerichtliche Entscheidung ist auch in diesen Fällen eine eigenständige, originäre Regelung, nicht eine Änderungsentscheidung iSv § 1696 (OLG Stuttgart FamRZ 1975, 591, 592; MünchKomm-HINZ Rz 10). Im einzelnen:

- 32 **Vormundschaftsgerichtliche Vorentscheidungen insbes gem §§ 1666 oder 1667 Abs 5** können in das Sorgerecht eines oder beider Elternteile eingegriffen haben. Hat dies im ersten Fall zur Alleinberechtigung des anderen Elternteils gem § 1680 Abs 1 S 1 geführt, so hat das FamG dennoch die künftige Erziehungseignung *beider* Elternteile nach der Scheidung zu überprüfen. Möglicherweise gibt der Scheidungsvorgang zu einer abweichenden Beurteilung Anlaß. Gleich, zu wessen Gunsten seine Entscheidung ausfällt, so **verdrängt** letztere jedenfalls die bisherigen vormundschaftsgerichtlichen Maßnahmen. Diese werden automatisch wirkungslos, einer vormundschaftsgerichtlichen Aufhebungsentscheidung bedarf es nicht. Eine entsprechende Klarstellung in der familiengerichtlichen Sorgerechtsentscheidung ist sinnvoll (OLG Stuttgart FamRZ 1975, 591, 592; vgl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 11; RGRK-ADELMANN Rz 16; MünchKomm-HINZ Rz 10).
- 33 Ist es bei einseitigem (§ 1680 Abs 1 S 2) oder beidseitigem Entzug durch das VormG zu einer **Vormund- oder Pflegerbestellung** gekommen, wird auch dadurch

die sachliche Überprüfungskompetenz des *FamG* nicht beeinträchtigt. Soll die vollständige oder teilweise Entrechtung beider Eltern Bestand haben, hat es die Vormundschaft oder Pflegschaft durch Entscheidung gem § 1671 Abs 5 zu bestätigen – die familiengerichtliche Entscheidung *ersetzt* auch hier die des Vormunds als konstitutive Grundlage des Sorgerechtsentzugs (übersehen in BayObLG FamRZ 1990, 1132, 1134f). Dem *VormG* obliegt jedoch die Entscheidung, ob es bei dem bestellten Vormund oder Pfleger bleiben soll (vgl Rz 196). Will das *FamG* hingegen das uneingeschränkte Sorgerecht auf einen oder beiden Elternteile übertragen, so ist umstritten, ob seiner Entscheidung eine auch die Vormund- oder Pflegschaft verdrängende Wirkung zukommt (bejahend JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 11, 12; abl MünchKomm-HINZ Rz 11 [„aus Gründen der Rechtssicherheit“]; nur für die Pflegschaft abl RGRK-ADELMANN Rz 16 [unter Hinweis auf § 1919]). Diese Frage ist zu bejahen, die Betrauung mindestens eines Elternteils mit der vollständigen elterlichen Sorge führt bei der Vormundschaft ipso iure zu deren Ende (§§ 1882, 1773). Einer Aufhebung durch das *VormG* bedarf es bei Beendigung der Vormundschaft grundsätzlich nicht (MünchKomm-SCHWAB § 1882 Rz 3). Das *FamG* kann aber auch ohne weiteres eine deklaratorische Feststellung des Endes der Vormundschaft treffen (und damit die Rechtssicherheit wahren). Im Ergebnis gilt nichts anderes für die Pflegschaft: Hier bedarf es zwar gem § 1919 konstitutiver Aufhebung; hierauf beschränkt sich aber die wesentliche Aussage dieser Vorschrift, ihr Schwerpunkt ist nicht eine Kompetenzabgrenzung zwischen Vormundschafts- und Familiengericht (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 12). Das *FamG* ist deshalb neben der Sorgerechtsregelung auch zur Aufhebung der Pflegschaft gem § 1919 zuständig.

Gleichmaßen ist nach § 1671 zu entscheiden, wenn das Sorgerecht eines oder beider Elternteile im Scheidungszeitpunkt aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen **ruht** (§§ 1673–1675). Eine Sorgerechtsübertragung auf einen Elternteil, dessen Sorgerecht ruht, ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Sie kommt in Betracht, wenn der andere Elternteil ungeeignet und ein Wegfall des Ruhensgrundes in absehbarer Zeit zu erwarten ist (vgl § 1678 Abs 2; ebenso GERNHUBER § 56 I 3; BayObLG FamRZ 1968, 95; FamRZ 1968, 659; FamRZ 1969, 430; KG FamRZ 1968, 262). Die Ruhenswirkung wird in diesem Fall durch die familiengerichtliche Entscheidung nicht beseitigt. Letztere begründet aber grundsätzlich die alleinige Sorgeberechtigung des begünstigten Elternteils nach der Scheidung; mit Wegfall der rechtlichen Verhinderung (zB Minderjährigkeit) oder mit vormundschaftsgerichtlicher Feststellung gem § 1674 Abs 2 wird diese Rechtsstellung ohne weiteres ausübbar.

Wird die Alleinsorge auf den nichtverhinderten Elternteil übertragen, so verliert der andere Teil auch sein bislang nur gem § 1675 ruhendes Sorgerecht.

Ähnliche Grundsätze gelten, wenn im Scheidungszeitpunkt die **Vermögenssorge** eines Elternteils wegen **Konkurses** beendet ist, § 1670 (näher § 1670 Rz 12–14).

Einer endgültigen Sorgerechtsentscheidung nach § 1671 bedarf es schließlich auch, wenn das *FamG* bereits während der Trennungszeit eine **Regelung nach § 1672** oder gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO getroffen hat. Einstweilige Anordnungen nach letzterer Vorschrift gelten ohnehin nur für die Dauer des Scheidungsverfahrens (§ 620f Abs 1 Nr 1 ZPO). Auch gegenüber der Regelung nach § 1672 hat die Entscheidung nach § 1671 eigenständige Bedeutung. Zwar ist die Regelung nach § 1672 nicht „vorläufig“ iS konzeptioneller zeitlicher Begrenztheit. Das Getrenntleben verheirateter Eltern ist jedoch bei weitgehender rechtlicher Scheidungsfreiheit regelmäßig kein Dauerzustand, eine Entscheidung der Gatten iS einer Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft oder einer Auflösung der Ehe ist über kurz oder lang zu erwarten. Dem hat die familiengerichtliche Regelung nach § 1672 Rechnung zu

tragen, sie ist nicht de iure, aber der Sache nach eine einstweilige. Die Scheidung stellt demgegenüber ein wesentliches neues Ereignis dar, das zu einer originären und endgültigen Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses Anlaß gibt. Die Änderungsmaßstäbe des § 1696 sind nicht anzuwenden (allgM: BayObLG FamRZ 1962, 267, 268; FamRZ 1962, 436, 437; FamRZ 1968, 95, 98; KG FamRZ 1970, 202, 204; FamRZ 1973, 42).

36 3. International

Sorgerechtsregelungen bei Elternscheidung sind „Schutzmaßnahmen“ iSv Art 1 des Haager MSA. Bei gewöhnlichem Kindesaufenthalt im Inland ist von deutschen Gerichten deshalb idR nach den Kriterien des § 1671 zu entscheiden (Art 1, 2 MSA). Gesetzliche Gewaltverhältnisse nach dem Heimatrecht des Kindes, die dem entgegenstehen könnten (Art 3 MSA), kommen selten vor und verstoßen wegen ihres generalisierenden Ansatzes regelmäßig gegen den deutschen ordre public (ausf zu internationalen Aspekten der Sorgerechtsentscheidung Rz 219 ff).

III. Die richterliche Entscheidung

37 1. Rechtsnatur der Entscheidung

Die familiengerichtliche Entscheidung nach § 1671 ist – ungeachtet ihres Inhalts – **konstitutiv** für die elterliche Sorgeberechtigung nach der Scheidung. Dies folgt materiellrechtlich aus dem Entscheidungszwang nach Abs 1 und verfahrensrechtlich aus dem Verbundprinzip: Der ehelichen und nachehelichen Sorgeberechtigung ist prinzipiell eine familiengerichtliche Entscheidung als Äußerung staatlichen Wächteramts zwischengeschaltet.

Bei **Übertragung** der elterlichen Sorge **auf einen Elternteil** hat die familiengerichtliche Entscheidung **rechtsgestaltenden Charakter** (BayObLG FamRZ 1968, 267, 268; VoraufI Rz 39, 54; MünchKomm-Hinz Rz 15). Sie befreit den begünstigten Elternteil von der Gemeinschaftsbindung gem § 1627 und nimmt dem anderen Teil die elterliche Sorge. Die sog „Substanztheorie“, wonach das Sorgerecht nur in der Ausübung, nicht aber in der Substanz verlorengelange (BEITZKE, FS Lehmann II [1956] 507 ff; ders, FamRZ 1958, 9 f; SOERGEL-STRÄTZ Rz 9; SCHWAB, Handbuch Rz III 16, 27; weitere Nachw VoraufI Rz 41), beruht auf einer unzutreffenden Gleichsetzung von verfassungsrechtlichem Elternrecht und familienrechtlicher Sorgeberechtigung. Die Rechtsstellung des nichtsorgeberechtigten Elternteils ergibt sich hinreichend deutlich aus §§ 1634, 1678 Abs 2, 1680 Abs 2 S 1, 1681, 1696, 1748 – weder bedarf es der Substanztheorie noch hat sie praktische Bedeutung (vgl GERNHUBER § 5 IV 4, § 56 II 1 Fn 1; MünchKomm-Hinz Rz 15 und § 1626 Rz 12–15).

Beläßt das FamG **den Eltern das gemeinsame Sorgerecht**, so ändern sich die sorgerechtlichen Verhältnisse sachlich nicht. Die familiengerichtliche Entscheidung hat hier deshalb keinen rechtsgestaltenden Charakter, behält aber ihre konstitutive Bedeutung (Hinz ZfJ 1984, 529, 533; MünchKomm-Hinz Rz 16).

38 2. Entscheidungsgegenstand und Entscheidungsmöglichkeiten: Grundsätze

Entscheidungsgegenstand ist grundsätzlich die **gesamte elterliche Sorge**, umfassend Personen- und Vermögenssorge sowie das Vertretungsrecht auf beiden Gebieten für den Zeitraum von der Scheidung bis zur Volljährigkeit des Kindes (vgl §§ 2, 1626, 1629, 1633; zur Rechtslage vor dem GleichberG 1957 s Rz 7–10). Anders als bei

einstweiligen Anordnungen (Rz 214) hat die familiengerichtliche Endentscheidung diesen Regelungsgegenstand voll auszuschöpfen, **Teilentscheidungen** sind **nicht zulässig: Grundsatz der Unteilbarkeit**. Dazu gehört auch die nur negative Entscheidung, daß einem der Elternteile das Sorgerecht nicht zugeteilt werde (BGH NJW 1981, 126, 127 = FamRZ 1980, 1107, 1108; BayObLG FamRZ 1968, 267, 268; KG FamRZ 1984, 1143, 1144; MünchKomm-HiNZ Rz 14). Einzelmaßnahmen sind nur auf der Basis des § 1666 möglich und obliegen dem VormG (§§ 1666 Rz 37–39, 1667 Rz 6).

Trotz weitgehender inhaltlicher Überschneidungen ist davon ein weiterer Grundsatz zu unterscheiden: Der **Grundsatz der Alleinzuständigkeit** oder **Alleinsorge** (regelmäßig werden beide Aspekte nicht deutlich unterschieden, vgl MünchKomm-HiNZ Rz 17; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 69–71). Dieser Grundsatz besagt, daß für ein- und denselben Regelungsgegenstand nur **ein** Elternteil nach Scheidung zuständig sein darf – im Interesse der Rechtsklarheit und zum Schutze des Kindes vor elterlichem Streit in Sorgerechtsangelegenheiten (BVerfG NJW 1971, 1447, 1448 = FamRZ 1971, 421, 424; FamRZ 1982, 23). Der Grundsatz der Unteilbarkeit besagt demgegenüber, daß die Sorgezuständigkeit möglichst umfassend in derselben Hand liegen soll – dies auch ein Ausdruck des „Kindesinteresses an kompetenten Eltern“ (GOLDSTEIN ua II S 18 f, 162; III S 28).

Der Grundsatz der Alleinzuständigkeit, noch durch das SorgeRG 1980 zwingend in Abs 4 S 1 festgeschrieben, ist vom BVerfG in seiner Ausnahmslosigkeit für verfassungswidrig erklärt worden (Rz 14). Er gilt jedoch als gesetzesimmanentes Prinzip fort (vgl auch Abs 1) für alle Fälle, in denen zum Entscheidungszeitpunkt kein übereinstimmender Elternvorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts nach der Scheidung vorliegt (MünchKomm-HiNZ Rz 17; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 69). Der Grundsatz der (sachlichen oder zeitlichen) Unteilbarkeit gilt hingegen uneingeschränkt auch für das gemeinsame Sorgerecht, vorbehalten seiner allgemeinen Ausnahmen (dazu Rz 42 ff).

Beide Grundsätze haben Bedeutung nur für die familiengerichtliche Entscheidung **39** zwischen den Eltern, also die situationsspezifische, vorverlagerte Wächterfunktion des Staates bei Scheidung. **Sorgerechtsübertragungen** auf Pfleger oder Vormund **gem Abs 5** sind rechtssystematisch Eingriffe, die Maßnahmen nach §§ 1666, 1667 Abs 5 gleichstehen, sie nehmen der Familie Kompetenzen und verlagern sie auf Außenstehende. Anders als bei der familieninternen Verlagerung gem § 1671 Abs 2, 3 besteht die strikte Bindung an das *Verhältnismäßigkeitsprinzip* (§ 1666 a) auch im Rahmen des § 1671 Abs 5 (Rz 194 f). Der zwischen den Eltern herrschende Grundsatz der möglichst umfassenden (ungeteilten) Sorgerechtszuweisung wird hier verdrängt durch das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs.

Daraus ergeben sich für das FamG folgende **Entscheidungsalternativen**: Bei **über-** **40**
einstimmendem Regelungsvorschlag der Eltern kann, entspr dessen Inhalt, das Sorgerecht insgesamt **beiden Eltern** belassen oder dem vorgeschlagenen **Elternteil allein** übertragen werden, wenn nicht aus Gründen des Kindeswohls ein Abweichen vom Elternvorschlag erforderlich ist (Abs 3 S 1) bzw wenn – bei abweichendem Vorschlag des mindestens 14jährigen Kindes, Abs 3 S 2 – die von den Eltern vorgeschlagene Regelung den Kindesinteressen am besten entspricht (Abs 2). Bei **fehlendem Elternvorschlag** oder wenn einem vorgeschlagenen gemeinsamen Sorgerecht das Kindeswohl entgegensteht, ist die elterliche Sorge einem **Elternteil allein** zu übertragen. Vom Grundsatz, daß das Sorgerecht **insgesamt** zu übertragen ist, kann ausnahmsweise nur dann abgewichen werden, wenn die Interessen des Kindes eine Sonderregelung für die Vermögenssorge (Abs 4 S 2) oder für die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen (Abs 5 S 2) erfordern oder wenn einzelne Befug-

nisse auf einen Pfleger oder Vormund übertragen werden müssen, um eine Gefährdung des Kindesinteresses abzuwehren (Abs 5 S 1; Einzelh Rz 42 ff).

Bei **drohender Kindesgefährdung** kann auch – unabhängig vom Vorliegen eines Elternvorschlags – das Sorgerecht insgesamt beiden Eltern entzogen und auf einen **Vormund** übertragen werden (Abs 5 S 1).

- 41 Diese Entscheidungsalternativen stehen nicht gleichberechtigt nebeneinander, sondern in einem bestimmten **Rangverhältnis** zueinander.

Die **gemeinsame Fortführung des Sorgerechts** nach der Scheidung ist, bei entsprechender Kooperationsfähigkeit der Eltern und Fehlen sonstiger Kindeswohlgesichtspunkte, die dagegensprechen könnten, die sowohl den Kindesinteressen wie dem Elternrecht am besten entsprechende Lösung (vgl Rz 26 und 167; WENDL-KAMPMANN-WENDL S 248 f). Bei einer familiengerichtlichen Entscheidung in diesem Sinne beschränkt sich die staatliche Intervention in die Scheidungsfamilie auf eine überwachende (Art 6 Abs 2 S 2 GG) Kontrolle, substantielle Eingriffe sind nicht notwendig. Ergibt die Kontrolle, daß einem Elternvorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts keine Bedenken entgegenstehen (zu den Kontrollkriterien ie unten Rz 169 ff), so ist eine entsprechende familiengerichtliche Entscheidung nicht nur einfachgesetzlich (Abs 3 S 1), sondern **verfassungsrechtlich geboten** (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182; MünchKomm-Hinz Rz 4). Da dieser Vorrang nicht nur auf dem elterlichen Regelungsprimat beruht, sondern auch auf dem Kindeswohlprinzip des Art 6 Abs 2 S 2 GG (oben Rz 23), entfaltet er Bedeutung sogar in Fällen, in denen ein übereinstimmender Elternvorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts (noch) nicht vorliegt: Erscheint im konkreten Fall eine kindeswohlgerichtete Kooperation der Eltern in Ausübung eines gemeinsamen Sorgerechts nicht ausgeschlossen, hat das FamG dem nachzugehen und – wenn die Ermittlungen diesen Eindruck bestätigen – auf eine elterliche Einigung zugunsten fortgesetzter gemeinsamer Elternverantwortung hinzuwirken. Die oben (Rz 23–26) dargelegte staatliche Unterstützungs- und Förderungspflicht hinsichtlich der Wahrnehmung gemeinsamer Elternverantwortung bei der Scheidung obliegt also nicht nur dem Gesetzgeber, sondern auch im justizförmigen Entscheidungsverfahren gem § 1671 dem FamG (und den sonst beteiligten professionellen Kräften, s Rz 168).

Die Entscheidung iS eines übereinstimmenden, auf **Alleinsorge** eines Teils gerichteten **Elternvorschlags** ist gegenüber einer freien richterlichen Entscheidung nach dem Kindeswohl insoweit vorrangig, als dem Elternvorschlag eine **begrenzte Bindungswirkung** zukommt (Rz 149).

Als Regelfall vorrangig ist weiterhin eine Entscheidung über die **gesamte elterliche Sorge**, Abspaltungen der Vermögenssorge oder der Vertretungsbefugnis hinsichtlich kindlicher Unterhaltsansprüche (Abs 4 S 2, 5 S 2) bedürfen besonderer Gründe.

Sorgerechtsübertragungen auf Dritte gem Abs 5 S 1 schließlich dürfen immer nur ultima ratio sein (oben Rz 39, unten Rz 194 f).

3. Insbesondere: Aufteilungen des elterlichen Sorgerechts

42 a) Trennung Personensorge/Vermögenssorge, Abs 4 S 2

aa) Voraussetzungen

Als gesetzliche Ausnahme von den Grundsätzen der Alleinzuständigkeit und Unteilbarkeit gestattet es Abs 4 S 2, bei alleiniger Zuweisung der Personensorge an

einen Elternteil die Vermögenssorge ganz oder teilweise dem anderen Elternteil zu übertragen, wenn die Vermögensinteressen des Kindes dies erfordern. Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis selten Gebrauch gemacht. Angesichts der dadurch notwendig werdenden Kooperation der Eltern und vielfältiger Überschneidungen von Personen- und Vermögenssorge (mit der Konsequenz unklarer Entscheidungszuständigkeit) ist eine solche Aufteilung nicht unproblematisch, ihre Vorteile müssen diese Nachteile aufwiegen (KG FamRZ 1962, 432, 434; RGRK-ADELMANN Rz 28; MünchKomm-Hinz Rz 18; GERNHUBER § 56 II 2). Bloße Zweckmäßigkeitserwägungen, etwa die bessere Eignung zur Vermögensverwaltung des einen Teils bei grundsätzlicher Eignung auch des Personensorgeberechtigten genügen nach einhelliger Auffassung nicht (KG aaO; OLG Köln FamRZ 1977, 62, 63; rechtspolitische Kritik bei LÜDERITZ FamRZ 1975, 609, 613). Hieraus lassen sich folgende **Grundsätze** ableiten (zu Aufteilungen auf Grund gemeinsamen Elternvorschlags unten Rz 137 ff, im Rahmen gemeinsamen Sorgerechts unten Rz 186):

Eine Aufspaltung kommt von vornherein nur in Betracht, wenn der **Umfang des Kindesvermögens** den Vermögensinteressen des Kindes nennenswertes Gewicht verleiht (BayObLG Rpfleger 1975, 347; MünchKomm-Hinz Rz 18). Eine Aufspaltung ist in diesem Fall notwendig, wenn der hinsichtlich der Personensorge vorzuziehende Elternteil zur Vermögensverwaltung schlechthin *ungeeignet*, der andere Teil dazu aber in der Lage ist. Fehlende Eignung ist dann anzunehmen, wenn der Elternteil den aus der Vermögenssorge folgenden Pflichten (§§ 1640–1649) nicht gewachsen ist – entscheidend ist insoweit eine objektive Beurteilung, auf aktuelle oder konkret absehbare Vermögensgefährdungen des Kindes kommt es nicht an (KG FamRZ 1962, 432, 434). Das gleiche gilt, wenn die Eignung nur für einen (wesentlichen) Vermögensteil fehlt, dessen Verwaltung besondere Qualifikationen erfordert (dann teilweise Übertragung der Vermögenssorge auf den anderen Elternteil; SOERGEL-STRÄTZ Rz 11). Die Notwendigkeit einer Aufteilung in diesen Fällen wird durch die Möglichkeit einer Beistandsbestellung gem §§ 1685, 1686 nicht ausgeschlossen (so aber LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 613; TREITZ S 19; DÖLLE II § 97 V), denn die Handlungsmacht des Sorgeberechtigten wird dadurch nicht eingeschränkt. Entweder will er mitverwalten – dann schadet seine Ungeeignetheit (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 87); oder er überließe die Vermögenssorge allein dem Beistand – dann lägen Sorgekompetenzen in den Händen eines Dritten, obwohl der andere Elternteil geeignet wäre. Dies widerspräche dem Grundsatz von Art 6 Abs 2 S 1 GG und § 1671 Abs 5 S 1. Aus denselben Gründen scheidet erst recht eine (deprivierende) Beistandschaft nach § 1690 aus (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER aaO).

Sind **beide Elternteile** grundsätzlich zur Vermögensverwaltung *geeignet*, zeigt sich aber ein deutlicher Eignungsvorsprung zugunsten dessen, der nicht zur Personensorge berufen ist, so soll nach überwiegender Meinung eine Aufspaltung iSv Abs 4 S 2 zulässig sein, wenn der Vorteil der besseren Vermögensverwaltung den Nachteil durch die Aufspaltung überwiegt (KG FamRZ 1962, 432, 434; RGRK-ADELMANN Rz 28; SOERGEL-STRÄTZ Rz 11; GERNHUBER § 56 II 2). Nach anderer Auffassung ist dies letztlich aber nur eine Zweckmäßigkeitserwägung, die – allgemeinen Grundsätzen zufolge – eine Aufteilung gerade nicht rechtfertigen soll (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 88; LÜDERITZ FamRZ 1975, 609, 613). In der Tat ist der Unterschied zwischen „vorteilhaft“ und (nur) „zweckmäßig“ bestenfalls ein gradueller. Entsprechend feine Gewichtungen muß das FamG aber auch sonst treffen, wenn das Gesetz im Zusammenhang mit dem Kindeswohl von „erforderlich, förderlich, dienlich, angezeigt“ usw spricht. Deshalb sollte die Aufteilung auch in dieser Konstellation der verantwortlichen richterlichen Abwägung überlassen werden.

45 bb) Übertragung und Rechtsfolgen

Die Vermögenssorge kann ganz oder teilweise dem anderen Elternteil übertragen werden, damit verliert sie der Teil, der die Personensorge erhält. Die vollständige Übertragung umfaßt die tatsächliche Vermögensverwaltung wie auch die diesbezügliche Vertretung. Die sachliche Abgrenzung von Personen- und Vermögenssorge richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen (so gehört zB die Geltendmachung und Verwendung von Unterhaltsbeiträgen für das Kind zur Personensorge, vgl Erl zu § 1626).

Können sich die Eltern in einer Frage **nicht einigen**, die sowohl die Personensorge wie auch die Vermögenssorge betrifft, so besteht Unklarheit, wer nach welcher Vorschrift den Streit zu schlichten hat. Überwiegend wird das VormG für zuständig gehalten, das entweder nach § 1628 (MASSFELLER-COESTER § 1628 Rz 6) oder entspr § 1630 Abs 2 (SOERGEL-STRÄTZ Rz 12; DÖLLE II § 97 V) oder als „streitentscheidendes Organ im Elternstreit überhaupt“ entscheiden soll (GERNHUBER § 56 II 2). Wegen des Zusammenhangs mit einer allfälligen Änderung gem § 1696 wird auch die Zuständigkeit des FamG statt des VormG postuliert (MünchKomm-HINZ Rz 25 [„entspr § 621 Abs 1 Nr 1 ZPO“]) bzw das Änderungsverfahren des § 1696 als **alleiniger** Rechtsbehelf postuliert (RGRK-ADELMANN Rz 32 [auch dort müsse der Familienrichter zunächst auf Einigung hinwirken]).

Der Weg über die vormundschaftsgerichtliche Streitschlichtung gem § 1628 ist richtig, ihm kann nicht entgegengehalten werden, die dort vorausgesetzte gemeinsame Sorgeberechtigung fehle hier (so MünchKomm-HINZ aaO). In Überschneidungsfällen besteht sachlich eben doch ein gemeinsamer Kompetenzbereich (vgl auch MünchKomm-HINZ § 1628 Rz 8 für Teilüberschneidungen). § 1628 ist die Grundnorm für elterlichen Regelungsstreit, sie gilt auch – unbeschadet der familiengerichtlichen Änderungskompetenz – bei gemeinsamem Sorgerecht nach Scheidung (Rz 188).

46 b) Unterhaltspflegschaft, Abs 5 S 2

Von der Personensorge kann das FamG die Befugnis zur Geltendmachung von Kindesunterhalt abspalten und auf einen Pfleger übertragen, wenn das Kindeswohl dies erforderlich macht (Abs 5 S 2). Ein diesbezüglicher elterlicher Antrag ist nicht vorausgesetzt. Im System des § 1671 gehört diese Vorschrift (eingeführt durch das SorgeRG 1980) eher zu Abs 4, da sie eine Kindesgefährdung nicht voraussetzt. Sie ist also nicht Ausdruck staatlichen Minimalschutzes wie §§ 1671 Abs 5 S 1, 1666 (insbes dessen Abs 3), sondern regelwidrige Aufspaltung der elterlichen Sorge nach dem Erforderlichkeitsprinzip wie Abs 4 S 2. Übertragung auf einen Pfleger mußte vorgesehen werden, weil hier der andere Elternteil sachbedingt als Alternative ausscheidet (zur Auswahl und Bestellung des Pflegers Rz 196).

Die Unterhaltspflegschaft soll einem *Interessenkonflikt* vorbeugen, in dem sich der seinerseits (zB gem § 1570) unterhaltsberechtigte Personensorgeberechtigte befindet, wenn er eigene Unterhaltsansprüche und die des Kindes verfolgen soll – insbes bei nicht voll ausreichender Leistungsfähigkeit des anderen, unterhaltsverpflichteten Elternteils (BT-Drucks 8/2788 S 63 f). Sachlich gehört die Vorschrift damit in den Themenbereich der §§ 1629 Abs 2 S 3, 1796 (wie auch 1706 Nr 2). Wie dort genügt nicht die generelle Möglichkeit eines Konflikts und elterlicher Pflichtwidrigkeit, zu fordern ist ein erheblicher, konkret zu belegender Interessengegensatz (§ 1796 Abs 2; vgl MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 43, 44). Damit sind die Eingriffskriterien für das FamG dieselben wie für das VormG, falls – nach uneingeschränkter Sorgerechtsübertragung auf einen Elternteil – später eine Pflegerbestellung gem

§§ 1629 Abs 2 S 3, 1796 erforderlichlich werden sollte (vgl OLG Hamm DAVorm 1985, 1026; **aA** SOERGEL-STRÄTZ Rz 40 [erleichterte Eingriffsmöglichkeit nach Abs 5 S 2]).

Die praktische Bedeutung dieser Regelungsmöglichkeit ist bislang gering geblieben (bedauernd JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 95).

c) Sonstige sachliche Aufteilungen der Personensorge

47

Weitere Ausnahmen von den Grundsätzen der Unteilbarkeit und Alleinzuständigkeit werden nach allg Auffassung für sorgerechtliche Endentscheidungen des FamG nicht anerkannt (vorbehaltlich einer Abtrennungsnotwendigkeit nach Abs 5 S 1, dazu Rz 194; zu einstweiligen Anordnungen Rz 214). Dies gilt insbes für **sachliche Aufspaltungen im Bereich der Personensorge** wegen der andernfalls drohenden Rechtsunsicherheit und Streitigkeiten der Eltern (BT-Drucks 8/2788 S 63). Als **unzulässig** angesehen wurde demnach die Abspaltung (und Übertragung auf den sonst nichtsorgeberechtigten Elternteil) der Schulwahl (BGHZ 3, 220 ff), der religiösen Erziehung des Kindes (BayObLG FamRZ 1976, 43, 44), der Entscheidung über Bluttransfusion (BayObLG aaO, bezüglich Zeugen Jehovas, dazu noch Rz 82), des Aufenthaltsbestimmungsrechts (BGH FamRZ 1980, 1107, 1108 = NJW 1981, 126, 127; OLG Zweibrücken FamRZ 1983, 1055), des Vertretungsrechts von der tatsächlichen Personensorge (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 70).

Speziell gegen den Grundsatz der Alleinzuständigkeit verstoßen **Sorgerechtsbindungen** an die Zustimmung des anderen Elternteils, **Mitsprache-** und über § 1634 Abs 3 hinausgehende **Informationsrechte** (OLG München FamRZ 1978, 620, 621; Zustimmungsrecht bei Aufenthaltsveränderung des Kindes, Schul- und Berufswahl; Überzeugungspflicht aller Schulzeugnisse [dazu aber § 1634 Rz 81, 86]). Sie laufen auf ein teil-gemeinsames Sorgerecht hinaus, das abzulehnen ist (Rz 38, 187).

d) Zeitliche Aufteilungen

48

Zeitliche Aufteilungen des elterlichen Sorgerechts oder Befristungen der familiengerichtlichen Zuteilung verstoßen nicht gegen den Grundsatz der Alleinzuständigkeit, wohl aber gegen den der **Unteilbarkeit** in seiner zeitlichen Dimension (Rz 38). Die Rechtsprechung hält zeitliche Beschränkungen oder Aufteilungen deshalb für unzulässig (BGHZ 3, 220 ff; BayObLG FamRZ 1962, 165, 167; vgl auch JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 71; MünchKomm-HINZ Rz 23). Dem liegt die Überzeugung zugrunde, daß zeitliche Aufteilungen die notwendige *Kontinuität und Stabilität* der Erziehung beeinträchtigen sowie Sorgeberechtigten und Kind verunsichern können – Verantwortungsgefühl für die Gesamterziehung auf der einen Seite und die Bereitschaft zur Konfliktbewältigung auf Kindesseite können gemindert sein, wenn die bestehende Teilfamilie von vornherein „auf Zeit“ konstituiert ist (COESTER, Kindeswohl S 309 ff). Außerdem fehlt es an der notwendigen richterlichen Prognosefähigkeit hinsichtlich des Kindeswohls zu einem künftigen Zeitpunkt, sei dieser nun ungewiß (zB etwaige Wiederheirat oder Umzug ins Ausland) oder feststehend (bestimmter Termin; **aA** insoweit GERNHUBER § 56 II 3). Für eine schlichte Befristung der Sorgerechtszuweisung mit Vorbehalt der Neuentscheidung gem § 1671 nach Fristablauf fehlt es aber an einer gesetzlichen Grundlage.

Hinter der (zT begrenzten) Befürwortung zeitlicher Aufteilung in der Lit (SOERGEL-STRÄTZ Rz 14, 21; GERNHUBER § 56 II 3; TREITZ S 21 f) stehen Gesichtspunkte, die nichts oder nur scheinbar mit dem Kindeswohl zu tun haben: Das elterliche Gleichberechtigungsinteresse (dazu Rz 56 ff), Interessen des Unterhaltsverpflichteten (GERNHUBER aaO verweist auf § 1570, dazu noch Rz 55) oder geschlechtsstereotype Rollenvorstellungen (Muttervorrang für Kleinkinder, dazu Rz 59–61 sowie COESTER, Kindeswohl S 311 Fn 732). Insgesamt ist zeitlichen Aufteilungen entge-

49

genzuhalten: Das **Kindeswohl** ist einzig maßgeblicher Gesichtspunkt bei allfälligen Veränderungen im Laufe der Zeit. Die Abgrenzung zwischen Kontinuitäts- und Änderungsinteressen des Kindes ist vom Gesetzgeber der Abwägung nach § 1696 zugewiesen. An dieser pflichtgemäßen und stets erst ad hoc, nach Eintritt von Veränderungen vorzunehmenden Abwägung führt kein rechtlicher Weg vorbei.

- 50** Das gilt auch für die einzige (scheinbar) problematische Situation, daß der nach allgemeinen Kriterien zu bevorzugende Elternteil *für einen begrenzten Zeitraum nicht zur Verfügung steht* (Auslandsreise, Haft, Sanatoriumsaufenthalt). Die Sorgerechtsübertragung auf ihn mit der (auf § 1666 gestützten) Verpflichtung, die Sorgerechtsausübung einstweilen dem anderen Elternteil zu überlassen (vgl BayObLG FamRZ 1962, 165, 167), ist unzulässig (schon wegen Zuständigkeit des VormG). Kann der verhinderte Elternteil ein im Lichte des Kindeswohls befriedigendes Arrangement für die Zeit seiner Abwesenheit anbieten und ist diese Regelung insgesamt günstiger für das Kind als eine Sorgerechtsübertragung auf den anderen Teil, ist ihm das Sorgerecht uneingeschränkt zu übertragen (vgl OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1195; OLG Frankfurt FamRZ 1989, 1323 f). Sonst gilt: Entweder ist auch der andere Teil grundsätzlich geeignet, dann ist diesem das Sorgerecht zu übertragen, alles weitere bestimmt sich nach § 1696 (vgl OLG Köln FamRZ 1977, 62 f; zu Gestaltungsmöglichkeiten durch Elternvorschlag s Rz 143). Oder der andere Elternteil ist erziehungsunfähig – dann ist das Sorgerecht dem verhinderten Elternteil zu übertragen, das Aufenthaltsbestimmungsrecht und die tatsächliche Sorge aber für die Zeit der Verhinderung einem Pfleger (Abs 5 S 1; überflüssig, wenn gem §§ 1674, 1675, 1773 schon ein Vormund bestellt ist, vgl oben Rz 34).

IV. Sorgerechtsregelung nach Abs 2

1. Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab

51 a) Grundsatz

Nach **Abs 2** hat das FamG zu entscheiden, wenn zumindest ein Elternteil grundsätzlich geeignet ist zur alleinigen Übernahme des Sorgerechts (bei beiderseitiger Nichteignung: Abs 5 S 1), wenn kein übereinstimmender Elternvorschlag vorliegt (vgl Abs 3 S 1) oder wenn das mindestens 14jährige Kind einem solchen Elternvorschlag widersprochen hat (Abs 3 S 2). Justitielle Streitentscheidung ersetzt also in vollem Umfang den nicht funktionierenden familienautonomen Regulierungsmechanismus.

Dabei ist das **Kindeswohl** alleiniger Maßstab und Richtpunkt der richterlichen Abwägung zwischen den bei Mutter und Vater bestehenden Plazierungsalternativen (vgl Rz 2, 18). Das FamG ist durch keine rechtliche Vorgabe gebunden, es hat „frei“ nach der im Lichte der Kindesinteressen besseren Lösung zu suchen und zu entscheiden. Daß angesichts gescheiterter Ehe und Uneinigkeit über das Sorgerecht die Gesetzesformulierung „am besten“ nur in relativem Sinne verstanden werden kann (BGH NJW 1985, 1702, 1704 = FamRZ 1985, 169, 171), war auch dem Gesetzgeber bewußt (vgl BT-Drucks 8/2788 S 61): Ziel kann immer nur die **unter den gegebenen Umständen bestmögliche Lösung** sein. So gesehen, ist die verbreitet ersatzweise angebotene Formel der „am wenigsten schädlichen Alternative“ (GOLDSTEIN ua I S 49 ff, 56; vgl SCHWAB, Handbuch Rz III 126) nicht nur rechtlich unergiebig, sondern sogar kontraproduktiv: Sie betont vergangenheitsorientiert das elterliche Scheitern, ohne dieses ungeschehen machen zu können, und verleitet eher

zur Resignation bei dem Versuch einer konstruktiven Reorganisation der familiären Beziehungen (JORT FamRZ 1987, 875, 881; anderes mag gelten bei fortgesetzt kindeswohlwidrigen Zuständen bei beiden Eltern, wenn wirklich nur das „geringere Übel“ zur Wahl steht, vgl BGH NJW 1985, 1702, 1704 = FamRZ 1985, 169, 171).

Zum „Kindeswohl“ als **wertausfüllungsbedürftigen, generalklauselartigen Rechtsbegriff** vgl bereits § 1666 Rz 55–60. Die dort dargelegten Grundsätze gelten auch im Rahmen des § 1671, die folgende Darstellung konzentriert sich auf ihre spezifische Bedeutung im Scheidungszusammenhang.

b) Sachlicher Aussagegehalt des Kindeswohlbegriffs

52

aa) Vorrangigkeit des Kindesinteresses

Eine wesentliche Aussage des gesetzlichen Kindeswohlprinzips liegt bereits darin, daß das **Kindesinteresse** anderen Interessen gegenüber den **Vorrang** hat bei der Sorgerechtsentscheidung: Das Gesetz genügt damit dem „grundrechtlichen Anspruch des durch die Scheidung seiner Eltern ohnehin beeinträchtigten Kindes auf eine an seinem Wohle ausgerichtete Regelung“ (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1184; NJW 1981, 217, 218 = FamRZ 1981, 124, 125 f). Die Vorrangigkeit des Kindesinteresses rechtfertigt sich aus der zentralen Betroffenheit des Kindes bei der Sorgerechtsregelung und seiner „Individualität als Grundrechtsträger“ (BVerfG NJW 1981, 217, 218 = FamRZ 1981, 124, 126; BVerfGE 37, 217, 252). Nachdem bei Trennung und Scheidung der Eltern deren Interessen vorherrschend waren, gebührt nunmehr dem Kind die volle Aufmerksamkeit (FTHENAKIS, Brühler Schriften Bd 3 [1984] S 33, 37; DIEDERICHSEN NJW 1980, 1 ff, 8; BRIEGLEB ZBlJugR 1971, 33, 38; MÜLLER-FREIENFELS, Ehe und Recht S 213 f).

Allerdings gebietet vernünftigt verstandenes Recht niemals Unmögliches, und so **53** wäre es eine verfehlte Sicht des § 1671 Abs 2, wenn dieser Vorschrift das Gebot entnommen würde, aus dem komplexen Beziehungs- und Interessengefüge „Familie“ **ein** Individualinteresse herauszuschälen und isoliert zu verwirklichen. Zwischen den beteiligten Individualinteressen (Kind, Mutter, Vater, Geschwister) besteht eine *unauflösbare Interdependenz*, an der ein die Einzelinteressen überwölbendes *Gemeinschaftsinteresse* („Familieninteresse“) teilhat (ausf COESTER, Kindeswohl S 206 ff; vgl FTHENAKIS aaO; RABAA S 10, 38). Darüber hinaus wird auch ein legitimes Interesse der *Gesellschaft* an den Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes anerkannt (BVerfG FamRZ 1968, 578, 584). Diese Zusammenhänge muß das FamG nicht ignorieren (und darf es auch nicht). Nur folgt aus dem gesetzlichen Primat des Kindeswohls, daß andere Interessen „da zurückstehen müssen, wo sie mit den Interessen des Kindes in Widerspruch treten“ (BGH FamRZ 1976, 446, 447; ähnlich BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1183; FamRZ 1974, 579, 588; strikter RGRK-ADELMANN Rz 69: Elterninteressen seien grundsätzlich nicht zu berücksichtigen).

Der **Primat des Kindeswohls** hat deshalb eine **doppelte Bedeutung** für die richterliche Rechtsfindung: Einerseits verpflichtet er das FamG, **kindzentriert** zu denken und jeden Aspekt, der nicht ohnehin das Kind betrifft (also zB elterliche Persönlichkeit und Verhalten, elterliche oder gesellschaftliche Interessen) auf seine Bedeutung und Auswirkungen **gerade für das Kindeswohl** zu prüfen und entsprechend zu würdigen (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 16; vgl COESTER, Kindeswohl S 218: „Leitfunktion des Kindeswohls“). Die Rechtsprechung bringt dies mit der Formulierung zum Ausdruck, das FamG habe die Gesamtverhältnisse „unter Voranstellung des allein maßgeblichen Kindeswohls“ zu untersuchen (BayObLG FamRZ

54

1977, 650, 652; OLG Hamm FamRZ 1980, 484 f; FamRZ 1980, 487; FamRZ 1980, 488, 489).

Als Kehrseite **verbietet** der Kindeswohlprimat die Einbringung **kindesfremder Gesichtspunkte** in die richterliche Abwägung, dh vor allem elterliche oder gesellschaftliche Interessen ohne Bezug oder gar in Widerspruch zu den Bedürfnissen des betroffenen Kindes („Sperrfunktion des Kindeswohls“, dazu schon Rz 20). Solches Entscheidungsverhalten macht das Kind letztlich zum Objekt außerhalb seiner Person liegenden Interessen (BGH FamRZ 1976, 446, 447; OLG Karlsruhe FamRZ 1978, 201, 202; OLG Stuttgart FamRZ 1978, 827, 828 f; zu Geschwisterinteressen OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312) und verletzt es in seiner grundrechtlich geschützten Individualität (s Rz 52).

Angeichts gängiger Argumentationspraxis (vor allem in der öffentlichen Diskussion), nahezu jeden Aspekt auch als solchen des „Kindeswohls“ erscheinen zu lassen, soll die Bedeutung der vorerwähnten Grundsätze im folgenden beispielhaft konkretisiert werden, zunächst hinsichtlich der Elterninteressen, dann der gesellschaftlich/staatlichen Interessen.

55 (1) Elterninteressen

Abgesehen von generellen Interessen jedes Elternteils, das Kind zugewiesen zu bekommen (zum diesbezüglichen Gleichberechtigungsaspekt Rz 56; zum in concreto mangelnden Elterninteresse Rz 83) kann es vorkommen, daß ein Elternteil **besondere persönliche Interessen** an der Sorgerechtszuteilung geltend macht (zum Aspekt der „Scheidungsschuld“ unten Rz 78): So braucht etwa ein labiler Elternteil das Kind als psychische Stütze (Berücksichtigung abgelehnt: OLG Köln FamRZ 1971, 186, 187 f; BayObLG FamRZ 1986, 534 f) oder ein kranker Teil zur Pflege (befürwortend SCHWOERER FamRZ 1958, 439); der Vater wünscht sich den Sohn zum Unternehmensnachfolger (OLG Hamburg FamRZ 1959, 255, 256 [„natürliches Recht“ des Vaters]; weitere Nachw bei UFFELMANN S 104) oder deshalb, weil er der letzte Nachkomme des väterlichen Geschlechts ist (abl: BayObLG NJW 1953, 626); ein Elternteil begehrt die elterliche Sorge, um Gattenunterhalt gem § 1570 beanspruchen zu können bzw nicht an den anderen Teil zahlen zu müssen (BGH NJW 1980, 1686, 1688; zu berücksichtigen; ähnl wohl BVerfG NJW 1981, 1771, 1773).

Der Primat des Kindeswohls **verbietet** grundsätzlich die Berücksichtigung solcher Elterninteressen, sofern nicht ausdrücklich deren zumindest teilweise Koinzidenz mit den konkreten Kindesinteressen festzustellen ist. So könnte beim psychisch labilen Elternteil, der ernsthaft mit Selbstmord droht, falls er das Kind verliert, die seelische Belastung auch für das Kind im Falle eines Selbstmordes zu beachten sein (OLG Köln FamRZ 1971, 186, 187 f). Gleichzeitig sind aber auch Bedenken gegen die Erziehungseignung dieses Elternteils in die Abwägung einzubringen (vgl OLG Hamm FamRZ 1968, 530, 532). Als bedauerlicher Mißgriff muß jedoch vor allem das obiter dictum des BGH zum Gattenunterhalt eingestuft werden – jedenfalls nach der Neufassung des § 1579 ist diese Äußerung als obsolet zu betrachten.

- 56** Eine besondere Bedeutung kommt dem Aspekt der **elterlichen Gleichberechtigung** zu. Mit Billigung des Prinzips der Alleinsorge bei Elternstreit hat das BVerfG (NJW 1971, 1447, 1448) bestätigt, daß die Eltern kein Recht auf „gleichmäßige Befriedigung“ haben, sondern daß zugunsten des Kindeswohls ein Elternteil im Ergebnis zurückstehen muß. „Gleichberechtigung“ könnte dennoch reduzierte Bedeutung behalten iSv grundsätzlicher **Chancengleichheit** im richterlichen Abwägungsprozeß. In diesem Zusammenhang ist zu beachten: Gleichberechtigung meint „*gleichrangiges Elternrecht*“ bei der Sorgerechtszuteilung. Elternrecht und Elterninteressen ist

vom Gesetz gegenüber dem **vorrangigen Kindesinteresse** aber nur ein geringer Spielraum eröffnet, aus dem Gleichberechtigungsgedanken kann sich keine Verschiebung in dieser generellen Interessenbewertung ergeben (vgl ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 20, 32). Was gleichwertig ist, bestimmt sich allein aus der Sicht des Kindeswohls. Ergäbe sich aus dieser Sicht eine generelle Überlegenheit etwa der Mutter vor dem Vater, oder des nicht-berufstätigen Elternteils vor dem berufstätigen, dann könnten diese vom Kindeswohl her gesehen ungleichwertigen Positionen nicht qua Gleichberechtigungsprinzip normativ gleichgestellt werden – darin läge eine gesetzlich verbotene, elternorientierte Zurücksetzung der Kindesinteressen (vgl Rz 58–61). Sind hingegen im Lichte der Kindesinteressen die mütterliche und väterliche Platzierungsalternative generell gleichwertig, dann allerdings streitet das Gebot freier, unvoreingenommener Würdigung der Kindesinteressen im konkreten Fall zusammen mit der Forderung nach grundsätzlicher elterlicher Chancengleichheit (COESTER, Kindeswohl S 219 ff).

Hieraus lassen sich konkrete Folgerungen ziehen: **Zeitliche oder sachliche Auftei-** 57
lungen des Sorgerechts zwischen den Eltern, für deren Zulässigkeit zT auch unter Hinweis auf die elterliche Gleichberechtigung argumentiert wird (GERNHUBER § 56 II 3; TREITZ S 65), sind vom Gesetz implizit für kindeswohlwidrig erklärt worden (Rz 38), für den Gleichberechtigungsaspekt bleibt kein Raum (ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 25; ELL ZBlJugR 1980, 320; LEMPP, Ehescheidung S 27). **Geschwisteraufteilungen** sind nach gesetzlicher Wertung (Abs 2: „Bindungen... an... Geschwister“; vgl § 81 Abs 2 EheG 1938, oben Rz 9) und einhelliger Meinung dem Kindeswohl generell abträglich (näher Rz 112 ff). Sie mögen im Einzelfall unvermeidbar sein, der Aspekt „gleichmäßiger Befriedigung“ der Eltern darf dabei aber keine entscheidende Rolle spielen (GERNHUBER § 56 V 2; DIECKMANN AcP 178 [1978] 320; KLUSSMANN, Das Kind S 39; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 607; TREITZ S 66; COESTER, Kindeswohl S 225 f; **anders** und abzulehnen OLG Karlsruhe FamRZ 1980, 726, 727 f; MünchKomm-Hinz Rz 41; zu **vereinbarten** Geschwisteraufteilungen s Rz 151).

Das **gemeinsame Sorgerecht geschiedener Eltern** ist eine zulässige und – in geeigneten Fällen – kindeswohlförderliche Gestaltung (Rz 158 ff). Ausschlaggebend hierfür ist jedoch (neben dem Elternvorschlag) allein das Kindeswohl. Hinsichtlich insoweit geeigneter Familien darf legitimerweise auch auf den Aspekt elterlicher Gleichberechtigung hingewiesen werden (Rz 56). Dieser Aspekt wird aber illegitim, wenn versucht werden sollte, den Anwendungsbereich des gemeinsamen Sorgerechts über die vom Kindeswohl her gesehen geeigneten Fälle auszudehnen (ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 37; so gelegentlich von seiten der „Vaterrechtsbewegung“, vgl COESTER, Kindeswohl S 226 f mwN). Das gilt auch für den konkreten Fall im Rahmen der gebotenen Prüfung, ob das Kindeswohl einem elterlichen Vorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts entgegensteht (Rz 174, 176): Als „Kontraindikation“ hat es das FamG zu nehmen, wenn der Gleichberechtigungsaspekt bei der elterlichen Entscheidung für das gemeinsame Sorgerecht eine dominierende Rolle spielte oder – erst recht – wenn der konkrete Betreuungsplan eher am elterlichen Interesse an gleichmäßiger Befriedigung ausgerichtet ist als an den Kindesbedürfnissen.

Unsicherheit besteht hinsichtlich der **Chancengleichheit des berufstätigen Eltern-** 58
teils. Wenn es richtig ist, daß die persönliche Betreuung durch einen Elternteil dem Kind förderlicher ist als Drittbetreuung (unten Rz 91), dann hat der nicht- oder nur teilberufstätige Elternteil im Lichte des Kindeswohls einen generellen Eignungsvorsprung vor dem berufsbedingt weitgehend abwesenden Teil, sofern zugunsten des letzteren nicht andere Gesichtspunkte (wie: stärkere Kindesbindung, Kindeswille)

ausgleichend in die Waagschale fallen (BVerfG NJW 1981, 217, 219 = FamRZ 1981, 124, 127; COESTER NJW 1981, 961, 962; ie unten Rz 91 ff). Hiergegen wird verbreitet angeführt, daß dann „angesichts der gesellschaftlichen Rollenverteilung“ Väter kaum je das Sorgerecht erhalten könnten – im Interesse ihrer Chancengleichheit dürfe dem Betreuungsaspekt kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden (OLG Stuttgart FamRZ 1957, 27; KG FamRZ 1959, 509, 511, OLG Köln FamRZ 1972, 574, 575; OLG Hamm FamRZ 1968, 533, 534; FamRZ 1980, 487 f; BayObLG FamRZ 1976, 38, 40; AG Stuttgart FamRZ 1981, 597; DIEDERICHSEN NJW 1980, 1 ff, 9; MünchKomm-Hinz Rz 30). Dieses Vorgehen setzt konzeptionell Elternrecht gegen das Kindeswohl und ist deshalb **unzulässig**. Das Gleichberechtigungsprinzip verbietet allerdings die unterschiedliche Bewertung mütterlicher und väterlicher Berufstätigkeit (vgl insoweit BayObLG FamRZ 1964, 523, 524; wie hier BGH FamRZ 1978, 405, 407; BayObLG FamRZ 1977, 650, 653; OLG Karlsruhe FamRZ 1968, 94, 95; OLG Stuttgart FamRZ 1975, 221, 222; ZBlJugR 1975, 131, 132 ff; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 609).

- 59** Entsprechende Kriterien gelten schließlich für die Frage eines generellen **Vorrangs der Mutter bei Kleinkindern**. Ein solcher Vorrang hat in der Vergangenheit weitgehend die Rechtspraxis beherrscht und entsprach verbreiteter Überzeugung (vgl VoraufI Rz 92; heute noch ERMAN-MICHALSKI Rz 21; Darstellung bei ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 24; COESTER, Kindeswohl S 450 f mwN). Hintergrund war ein geschlechtsspezifisches Elternbild, wonach Domäne der „Mutter“ der emotionale Bereich ist – sie gibt dem Kind Liebe, Wärme, Geborgenheit, ist geduldig, einfühlsam und zuverlässig; der „Vater“ hingegen vermittelt dem Kind die „Außenwelt“, er steht für Rationalität, berufliche Fertigkeiten und eine „feste Hand“ in Erziehungsfragen (Nachw bei COESTER, Kindeswohl S 432 ff, 450 f).
- 60** Wenn dem kraft der Natur von Mann und Frau so wäre, könnte der Muttervorrang für Kleinkinder als vom Kindeswohl gefordert angesehen werden, Väter wären insoweit grundsätzlich nicht gleichberechtigt. Allerdings ist ein wissenschaftlicher Nachweis entsprechender geschlechtsspezifischer Unterschiede in der Elternrolle bisher nicht gelungen, einschlägige Äußerungen insbes aus dem entwicklungspsychologischen und verhaltensbiologischen Bereich sind empirisch nicht untermauert und sind nur Ausdruck eines allgemeinen, Naturwissenschaften wie Rechtswissenschaft umfassenden Vorverständnisses (COESTER, Kindeswohl S 429 ff, 432 ff mwN). An dessen Stelle ist heute weitgehend die Überzeugung getreten, daß ein **naturgesetzlicher Unterschied** zwischen Vater und Mutter im zuvor bezeichneten Sinne **nicht** besteht, daß vielmehr entscheidend sei die konkrete Persönlichkeit der Eltern und die Funktionsverteilung in der Familie (FTHENAKIS, Väter Bd 2 S 238 ff; LEMPP FamRZ 1984, 741, 743; vereinzelt erweist sich der „natürliche Muttervorrang“ aber noch als von zäher Lebenskraft, vgl OLG München FamRZ 1979, 70, 71; KG FamRZ 1978, 826, 827; FamG Zweibrücken als Vorinstanz zu OLG Zweibrücken, FamRZ 1986, 1038). Demgemäß entspricht nunmehr fast allgM, daß Mutter und Vater, ungeachtet des Alters des Kindes, **gleiche Rechte** iSv **grundsätzlicher Chancengleichheit** bei der Sorgerechtsentscheidung haben (BayObLG FamRZ 1975, 226; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036; OLG Frankfurt FamRZ 1990, 550; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 12; JOHANSSEN-HENRICH-JAEGER Rz 27; RGRK-ADELMANN Rz 49; FTHENAKIS, Väter Bd 2 S 240 ff; LEMPP FamRZ 1984, 741, 743; COESTER NJW 1981, 961, 962; LUTHIN FamRZ 1984, 114, 115; KROPHOLLER JZ 1984, 164, 165; ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 20 ff, 32 ff; SCHWENZER, Status S 115). Dies entspricht auch Vorgaben des **internationalen Rechts** (vgl Art 8, 14 EMRK [dazu FAHRENHORST FamRZ 1988, 238, 240 mit Rechtsprechung des EuGH für Menschenrechte]; Art 16 Abs 1 UN-Deklaration v 10. 12. 1948 [BGBl 1973 II 430]; Art 23 Abs 4 des internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte v 19. 12. 1966

[BGBl 1973 II 1533]; Art 16 Abs 1 des UN-Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau v 1. 3. 1980 [BGBl 1985 II 647]; sowie Art 5 des [noch nicht ratifizierten] Prot Nr 7 zur EMRK v 22. 11. 1984 [dazu FAHRENHORST a.a.O)].

Auch aus dem *Geschlecht des Kindes* (zB: Mädchen zur Mutter, Söhne zum Vater) ergibt sich kein Vorrang des einen oder anderen Elternteils, da die Kinder den Elternteil desselben wie auch des gegenteiligen Geschlechts gleichermaßen für eine gesunde Persönlichkeitsentwicklung brauchen (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 27; COESTER, Kindeswohl S 460 f; verfehlt OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2202, das bei einem vierjährigen Mädchen seiner Entscheidung zugunsten der Mutter eine Behauptung des Sachverständigen zugrundelegt, wonach die leibliche Mutter besser geeignet sie für die „sexuelle Aufklärung und die Vorbereitung des Mädchens auf ihre Rolle als Frau“). Die Unterstellung eines Muttervorrangs ist **unzulässig**, soweit nicht im **Einzelfall** die bessere Eignung der Mutter für das Kind feststeht (vgl ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 32 sowie die vorzitierte Rechtsprechung).

Ebenso eindeutig wie Kindeswohl und Elternrecht es gebieten, von grundsätzlicher **61** Chancengleichheit beider Eltern auszugehen, kann der Gleichberechtigungsaspekt jedoch nicht einen **statistischen** oder auch **faktischen Muttervorrang** überspielen, der sich aus der weitgehend noch vorherrschenden familiären Rollenverteilung in unserer Gesellschaft ergibt. Solange und soweit in erster Linie Frauen (aus welchen Gründen auch immer) allein oder überwiegend die Kindesbetreuung übernehmen unter Zurückstellung beruflicher Tätigkeit, werden sie auch im Regelfall die engeren Bindungen zum Kind besitzen und – bei Fortführung dieser Aufgabe nach Trennung der Gatten – der für die Zukunft erziehungsgeeigneter Elternteil sein. Einen entsprechenden Vorsprung hat in gleicher Weise der „Hausmann“. Ein deutliches statistisches Übergewicht der Mütter bei der Sorgerechtsverteilung besteht deshalb auch ohne normativen Muttervorrang, es ist schlicht *Ausdruck vorhandener gesellschaftlicher Strukturen*. Eine Änderung könnte erst mit einer solchen der gesellschaftlichen, familiären Verhältnisse einhergehen. Die Sorgerechtsverteilung als Instrument gesellschaftlichen Wandels und zur Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter einzusetzen, verbietet hingegen der Primat des Kindeswohls (LEMPF FamRZ 1984, 741, 743: Ideologie; ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 23 f, 32 f, 36; SCHWENZER, Status S 115; RGRK-ADELMANN Rz 49. Zur Weichenstellung zugunsten der Mutter vor allem auch im Vorfeld der Sorgerechtsentscheidung [elterliche Einigung, anwaltliche Beratung; gesellschaftlich-familiärer Erwartungsdruck] vgl FTHENAKIS, Väter Bd 2 S 240 ff; SCHWENZER, Status S 128; MÜLLER-ALTEN, Ehescheidung und Scheidungsverträge [1984] 187).

(2) Gesellschaftsinteressen

62

Auch **gesellschaftliche/staatliche Interessen** sind berührt, wenn es um die Erziehung und Lebensbedingungen von Kindern geht. Sie zielen auf gewisse Homogenität und Kontinuität der gesellschaftstragenden Strukturen, die Beachtung von gesellschaftlichen Werten und Standards ist im Grundsatz vom BVerfG als legitim anerkannt (BVerfG FamRZ 1968, 578, 584; DÖLLE II S 136). Als Mitglied der Gesellschaft, in die es hineinwächst, hat das Kind seinerseits korrespondierende Interessen, so daß auch insoweit – wie bei den Eltern- und Familieninteressen – teilweise Interessen-übereinstimmung besteht. Allerdings gilt der Primat des Kindeswohls gem § 1671 Abs 2 auch gegenüber Gesellschaftsinteressen. Auch wenn „übergreifende Werte“ auf dem Spiel stehen, ist das FamG zu **kindzentrierter** Betrachtung gehalten und hat jeder Versuchung zu wehren, die Sorgerechtszuweisung zum Instrument staatlicher Wert- und Ordnungsdurchsetzung zu machen. In einem freiheitlichen Rechtsstaat

sind nicht Gesellschafts- oder Staatszwecke leitend für die Kindesentwicklung, wie noch § 1 Abs 1 JWG mit dem Erziehungsziel der „gesellschaftlichen Tüchtigkeit“ suggerierte (vgl SCHÜTZ FamRZ 1986, 947, 948: „Erziehung geeigneten Nachwuchses“; GEIGER FamRZ 1979, 457, 459: Erziehung zu „tüchtigen Gliedern der Gesellschaft, zu Demokraten“; austauschbar: „tüchtiger Volksgenosse“, FREISLER, Vom alten zum neuen Ehescheidungsrecht [1937] 257; „staatsbewußter Bürger“, Art 38 Abs 4 DDR-Verfassung; krit KIEHL ZRP 1990, 94, 95). Im Mittelpunkt der Rechtsordnung steht das freie, selbstbestimmungsfähige, allerdings auch gemeinschaftsfähige Individuum (Rz 87); dem entspricht jetzt auch die Formulierung in § 1 Abs 1 KJHG.

- 63** Die Balance zwischen individuellem Kindeswohl und staatlicher/gesellschaftlicher Wertverfolgung ist nicht immer leicht zu finden. So hat die Rechtsprechung wiederholt kindgerecht entschieden und staatliche Durchsetzungs- oder Sanktionsinteressen zurückgestellt, wenn ein Elternteil sich in zu mißbilligender Weise über Rechts- oder Gerichtsgebote hinweggesetzt hatte (BGH NJW 1985, 1702, 1703; FamRZ 1975, 273, 276; BayObLG FamRZ 1974, 534, 536; OLG Bamberg FamRZ 1986, 1175, 1178; OLG Hamm FamRZ 1967, 296 ff; vgl LEMPP ZBIJugR 1977, 507, 510; zur Durchsetzung von Sorgerechtsentscheidungen Rz 215; zu Kindesentführungen Rz 85 u 228). Überproportionales, dh sonstige Bedürfnisse des Kindes zurückdrängendes Gewicht erhalten jedoch häufig **moralisch-sittliche Aspekte** (vgl OLG München FamRZ 1977, 749 f; KG FamRZ 1958, 423; FamRZ 1959, 253 ff; FamRZ 1968, 98; OLG Hamm FamRZ 1976, 284; OLG Bamberg FamRZ 1985, 528; FamRZ 1980, 620, 622). Dabei wird zum einen verkannt, daß sittliche und gesellschaftliche Werte, mögen sie auch die der Mehrheit sein, in einem freiheitlich-pluralistischen Staat nicht ohne weiteres als „Rechtswerte“ durchgesetzt werden dürfen (auch das „von der Verfassung vorausgesetzte Sittengesetz“ taugt nicht zur Transformation ins Recht, vgl aber OLG Bamberg aaO; SCHÜTZ FamRZ 1985, 1179; WEGENER JZ 1985, 851). Zum anderen betrifft das korrespondierende Kindesinteresse an Homogenität mit der Gesellschaft nur einen **Teilaspekt** seines Wohls, der der relativierenden Abwägung bedarf zu elementaren Aspekten wie emotionale Eltern-Kind-Beziehung, Erziehungseignung, Kindeswille ua (ausf COESTER, Kindeswohl S 240 ff; zur Bewertung des Elternverhaltens noch unten Rz 78, 81).

64 (3) Drittinteressen bei „gleichwertiger Erziehungseignung“

Gelegentlich wird Drittinteressen, wie der Gleichberechtigung der Eltern oder dem Interesse des ehetreuen Teils, mit dem Ehebruch des anderen Teils nicht auch noch die Kinder zu verlieren, dann entscheidungsleitende Bedeutung zugesprochen, wenn beide Eltern im Lichte des Kindeswohls gleich geeignet erscheinen (so insbes SCHWAB, Handbuch Rz III 14, 172; SOERGEL-STRÄTZ Rz 34). Dies scheint im theoretischen Ansatz unbedenklich. Dennoch ist vor derartigen Grundsätzen zu warnen, denn die praktische Erfahrung zeigt, daß die Gerichte dazu neigen, bei bereitstehenden Entscheidungsregeln für „gleichgelagerte Verhältnisse“ diese vorschnell zu unterstellen (näher COESTER, Kindeswohl S 482 ff). Aus einer Hilfslösung für den Fall des non liquet wird de facto eine Vermutung zugunsten der Regelentscheidung, die allenfalls aus dem Einzelfall zu widerlegen wäre. Damit gewannen kindesfremde Interessen eine entscheidungssteuernde Wirkung, die das Gesetz gerade ausschließt (hinsichtlich der Scheidungsschuld erhielte der abgeschaffte Vorrang des schuldlosen Teils der Sache nach wieder Bedeutung).

bb) Inhalt des Kindesinteresses**65**

Der Kindeswohlbegriff verpflichtet zu einer **umfassenden**, von vornherein nicht begrenzten **Berücksichtigung aller Aspekte**, die im Einzelfall für das Kind und seine weitere Entwicklung von Bedeutung sein könnten (vgl. § 1666 Abs 1 mit der Aufgliederung in eine körperliche, geistige und seelische Komponente). Insoweit sind teils *rechtliche* Vorgaben zu beachten, der Kindeswohlbegriff nimmt aber auch *außerrechtliche*, insbes. humanwissenschaftliche Erkenntnisse in Bezug (insoweit ist auf die Erl zu § 1666 [Rz 57 ff] zu verweisen; vgl. auch COESTER, Kindeswohl S 411 ff [gesellschaftliche Standards] 419 ff [wissenschaftliche Kriterien]; ders., Brühler Schriften Bd 4 [1986] S 35 ff, 40 ff mwN). Aus der Gesamtheit aller Gesichtspunkte haben Rechtsprechung und Wissenschaften „**Sorgerechtskriterien**“ entwickelt, die konkretisieren, was im allgemeinen als dem Kindeswohl förderlich oder schädlich anzusehen ist (dazu unten Rz 70 ff).

Dabei besteht für die Sorgerechtsentscheidung nach § 1671 Abs 2 ein grundsätzlicher **Unterschied** zu Kindesschutzmaßnahmen nach § **1666**: Kindeswohl Aspekte unterhalb der dort bezeichneten Gefährdungsschwelle können Eingriffsentscheidungen nicht tragen, der Vormundschaftsrichter hat nicht zwischen „gut“ und „weniger gut“ zu entscheiden. Der Familienrichter hingegen ist nicht auf Kriterien des staatlichen Minimalschutzes beschränkt. Die sich scheidenden und um das Sorgerecht streitenden Eltern öffnen die Familie vielmehr für eine **vorverlagerte rechtliche Beurteilung der Familiensituation**. Zum einen wird der allgemeine familiäre Autonomie- und Integritätsanspruch gegenüber dem Staat insoweit funktionslos, als nunmehr aus den zerbrochenen bisherigen Familienstrukturen neue rechtliche Beziehungen zu konstituieren sind. Zum zweiten muß schon deshalb auf Gesichtspunkte zurückgegriffen werden, die über staatlichen Minimalschutz hinausgehen, weil die durchschnittliche Scheidungsfamilie keine Tatbestände aufweist, die im Lichte der Gefährdungsgrenze des § 1666 relevant wären. Bei Zerfall der elterlichen Gemeinschaft hat das Kind Anspruch auf die Platzierungsalternative, die sich unter Abwägung **aller** rechtsverträglichen Gesichtspunkte als die für sein Wohl „beste“ erweist (COESTER, Kindeswohl S 140 ff; zu den Grenzen richterlicher Beurteilung im Privatbereich oben Rz 20). So können bei der Sorgerechtsentscheidung nach § 1671 auch Rechtswertungen Bedeutung erlangen, die im Lichte des Kindeschutzrechts „sanktionslos“ sind (zB §§ 1626 Abs 2, 1618 a; näher Rz 89).

c) Funktionale Bedeutung des Entscheidungsmaßstabs „Kindeswohl“**66****aa) Individualisierungsgebot**

Die zentrale Stellung des generalklauselartigen, offenen Kindeswohlbegriffs im jetzigen § 1671 ist Ausdruck der gesetzlichen Intention, anders als in früheren Gesetzesfassungen (Rz 7 ff) nicht generelle Zuteilungskriterien entscheidend sein zu lassen, sondern maßgeblich auf das Wohl des konkret betroffenen Kindes abzustellen. Hauptziel der Sorgerechtsentscheidung muß deshalb die Verwirklichung von **Individualgerechtigkeit** sein (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 16; COESTER, Kindeswohl S 143 ff). Bezugspunkt der Kindeswohlprüfung ist *dieses* Kind in seiner unaustauschbaren Identität sowie Familien- und Lebenssituation. Hieraus folgt, daß die vorfindbaren „Sorgerechtskriterien“ (Rz 70 ff) nicht unvermittelt der konkreten Entscheidung zugrundegelegt werden dürfen. Mögen sie hergeleitet sein aus Gesetz, Rechtsprechung, Rechtswissenschaft, Nachbarwissenschaften oder allgemeiner Richtigkeitsüberzeugung – stets sind sie notwendigerweise **allgemein** formuliert, bezeichnen nur **mögliche** Interessen von Kindern in der Scheidungssituation. Das Prinzip der Individualgerechtigkeit impliziert deshalb die richterliche **Verpflichtung**,

jeden allgemein anerkannten Kindeswohl Aspekt auf seine Bedeutung gerade für das betroffene Kind zu überprüfen und nur dann und mit dem Gewicht zu berücksichtigen, das der Aspekt im konkreten Fall hat (BGHZ 3, 53, 60; BayObLG FamRZ 1975, 223, 226; KG FamRZ 1978, 829, 830; OLG Düsseldorf FamRZ 1973, 316, 318; OLG Hamm FamRZ 1988, 1313, 1314 f; OLG Karlsruhe Justiz 1975, 29; OLG Köln FamRZ 1976, 32 ff; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 52; MÜNDER, Anm zu BGH v 6.12.1989, EzFamR § 1671 Nr 5; ausf COESTER, Kindeswohl S 465 ff). Vermutungen, Erfahrungssätze und „allgemeine Erwägungen“ haben solange keinen legitimen Platz in Entscheidungsbegründungen, als sie nicht konkret auf den Einzelfall umgesetzt sind (zutr OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312: Befürchtung des Sachverhalts, die Mutter könne den 5jährigen Sohn als „Partnerersatz“ nehmen, nur „allgemeine psychologische Erwägungen“, bei *dieser* Mutter bestünden keine Anzeichen dafür).

Das Individualisierungsgebot fordert gerade auch eine Vergegenwärtigung des Sinns der (oft formelhaft verwendeten) Sorgerechtskriterien und die diesbezügliche Überprüfung des Sachverhalts (zB: unterfallen dem grundsätzlichen Verbot der Geschwistertrennung auch Halbgeschwister, Stiefgeschwister?, dazu Rz 113).

67 bb) Integrierende Gesamtschau

Mit der Feststellung und Zusammenstellung der im Einzelfall bedeutsamen Aspekte ist „das Kindeswohl“ iSv § 1671 Abs 2 noch nicht ermittelt. Die Kriterien können beziehungslos nebeneinanderstehen, sich ergänzen oder auch gegenseitig aufheben. Kernstück familienrichterlicher Verantwortung ist es, die Summe dieser Gesichtspunkte zu einem **Gesamtbild „Kindeswohl“** zu verschmelzen, dh unter Abwägung aller für und gegen eine bestimmte Zuweisung sprechenden Umstände, die für das Kind zuträglichste Lösung zu finden (BGH FamRZ 1990, 392, 393; NJW 1985, 1702, 1703; deutliche Trennung zwischen Einzelfaktoren und Gesamtabwägung auch bei OLG Bamberg FamRZ 1988, 750, 751). Diese „integrierende Gesamtschau“ ist ein wertender, logisch und dogmatisch nicht vorstrukturisierbarer Akt richterlicher Rechtserkenntnis (allgemein-rechtsmethodisch: DIEDERICHSEN FS Flume [1978] 283 ff, 285 ff; LARENZ, FS Klingmüller [1974] 235, 247 f; speziell zur Sorgerechtsentscheidung COESTER, Kindeswohl S 472 ff). Er setzt unvermittelte Sachverhaltsanschauung einschl der Persönlichkeiten der Betroffenen voraus und gehört deshalb in den spezifischen, nur begrenzt überprüfbaren Verantwortungsbereich des Tatrichters (vgl BGH aaO). In die integrierende Gesamtabwägung ist auch die Durchsetzbarkeit einer Sorgerechtszuweisung einzubeziehen – wäre der Vollzug der „eigentlich richtigen“ Zuweisung mit einer Belastung für das Kind verbunden, die größer ist als der mit ihr verbundene Vorteil, entspricht sie letztlich doch nicht dem Kindeswohl (BGH aaO: die von der Mutter aufgezogenen Kinder wären nur mit Gewalt zum sachlich vorzugswürdigen, aber von ihnen abgelehnten Vater zu bringen; vgl auch Rz 62 f zum „Sanktionsinteresse“ des Staates).

- 68 Eine generelle **Rangordnung einzelner Sorgerechtskriterien** würde gegen den gesetzlichen Primat des individuellen Kindeswohls verstoßen. Aus der Offenheit des Gesetzes und seiner generalklauselartigen Ermächtigung an den Familienrichter zur Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit folgt auch dessen Pflicht, sich seinerseits die Gesamtabwägung offenzuhalten und nicht mit strikten Regeln, Vermutungen und Absolutsetzungen einzelner Gesichtspunkte den Weg zu einer kindgerechten Bewertung im Einzelfall zu verbauen (BGH FamRZ 1976, 446, 448; FamRZ 1978, 405, 407; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 52; RGRK-ADELMANN Rz 9, 44, 48; MünchKomm-HINZ Rz 29 [abweichend aber Rz 35]; GERNHUBER § 56 V 1 [S 867]; *grundsätzlich anderer Ansatz* bei RASSEK [1983] und STRUCK in: VOIGT [Hrsg],

Gegentendenzen zur Verrechtlichung [1983], die das individuelle Kindeswohl gar nicht ermitteln und nach *formalen* Kriterien entscheiden wollen [vgl. Besprechung COESTER FamRZ 1984, 132]). Dem steht nicht entgegen, daß einzelne Kriterien (zB persönliche Bindung, Kindeswille) generell für gewichtiger gehalten werden als andere (zB wirtschaftliche Verhältnisse, Rz 98), und daß das Verhältnis zweier Aspekte zueinander generell vorstrukturiert wird (etwa: persönliche Betreuungsmöglichkeiten zu emotionaler Bindung, dazu Rz 92, oder: Bindung zu Elterneignung, dazu Rz 110). Die Erhebung eines Aspekts zum Leitkriterium jedoch mit der Folge, daß ein Abweichen von der so indizierten Sorgerechtszuweisung nur noch bei „Erforderlichkeit“ gestattet sein soll (entspr dem gesetzlichen Regelungsmodell bei übereinstimmendem Elternvorschlag, Abs 3 S 1), verzerrt den vom Gesetz gewollt offengelassenen Abwägungsprozeß. Ein solches Vorgehen stuft das individuelle Kindeswohl zum Korrektiv herab und ist unzulässig (vgl als Leitkriterium idS zB den „Kontinuitätsgrundsatz“ in OLG Frankfurt FamRZ 1978, 261 f; OLG Köln FamRZ 1976, 3234; oder den „Kindeswillen“ bei ELL ZfJ 1986, 289, 294 f).

Steht somit das Prinzip der Individualgerechtigkeit einer sachlichen Vorstrukturierung der Gesamtabwägung entgegen, so bleibt um so mehr zu betonen die bleibende Verpflichtung des Familienrichters auf das **Gesamtwohl des betroffenen Kindes** und die methodische Verpflichtung zur **rationalen Entscheidung**: Ausgeschlossen bleiben auch hier kindesfremde Gesichtspunkte sowie subjektive Wertungen oder Voreingenommenheit des Richters. Die Rechtspraxis zeigt insoweit gelegentlich Schwächen: So ist es weder vom Kindeswohl her noch rational nachvollziehbar, wenn die „Freundin“ des Vaters stärker negativ ins Gewicht fällt als Gewalttätigkeit und Zuwendungsmangel auf Seiten der Mutter und auch den Kindeswillen zugunsten des Vaters verdrängt (OLG Hamm FamRZ 1977, 744, 747 f). Oder wenn eine „gleichstarke emotionale Bindung“ des Kindes zu beiden Eltern konstatiert wird, die Mutter sodann jedoch als „wesentliche Bezugsperson“ das Sorgerecht erhält, obwohl das Kind bisher beim Vater lebte und nun von seinen Geschwistern getrennt wird (OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312; weitere Beispiele bei COESTER, Kindeswohl S 477 ff).

69

2. Die Sorgerechtskriterien im einzelnen

a) Überblick

Als wesentliche Gesichtspunkte bei der Entscheidung zwischen beiden Eltern sind anerkannt: (1) Die Persönlichkeit der Eltern und ihre persönlichen Lebensumstände, ihre Erziehungseignung, die Betreuung und äußeren Lebensverhältnisse, die das Kind bei ihnen vorfindet; (2) die Qualität der jeweiligen Eltern-Kind-Beziehung; (3) die Kontinuität und Stabilität der kindlichen Lebensbedingungen; (4) der Wille des Kindes. Für die erste Gruppe hat sich die schlagwortartige Bezeichnung „*Förderungsprinzip*“ durchgesetzt; der zu (2) genannte Aspekt wird unter dem Stichwort „*Bindungen des Kindes*“ erörtert, der dritte Aspekt als „*Kontinuitätsprinzip*“ und der vierte als „*Kindeswille*“.

Diese Aufgliederung wird auch im folgenden zugrunde gelegt, allerdings mit folgenden Vorbehalten: Die genannten vier Grundaspekte sind nur idealtypisch trennbar, in der Sache bestehen vielerlei Verflechtungen (SCHWAB, Handbuch Rz III 145): So hängt der Erziehungserfolg wesentlich ab auch von der Qualität der Eltern-Kind-Beziehung (vgl Rz 100) und von der Akzeptanz des Elternteils durch das Kind (Kindeswille; vgl LEMPP FamRZ 1986, 530, 531), aber auch von der Kontinuität der Erziehungsverhältnisse. Die wünschenswerte Kontinuität bezieht sich gerade auch

auf die Bindungen des Kindes, gleichzeitig hat kontinuierliches Zusammenleben von Kind und Elternteil Indizwirkung für gewachsene Bindung (COESTER, Kindeswohl S 177; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 33); Kindeswille und Kindesbindungen sind teildentisch (Rz 117). Als Konsequenz dieser Verflechtungen ist die Terminologie der Rechtspraxis nicht einheitlich. So bezieht das BVerfG den Kontinuitätsgedanken schwerpunktmäßig auf die Bindungen im Eltern-Kind-Verhältnis (FamRZ 1982, 1179, 1183; ebenso KG FamRZ 1983, 1159, 1160 f; BT-Drucks 8/2788 S 61), während der BGH Kontinuität und Bindungen als verschiedene Gesichtspunkte behandelt (NJW 1985, 1702 f; ebenso OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 296 ff; OLG Hamm FamRZ 1988, 1313, 1314; FamRZ 1989, 654, 655), dafür aber Wünsche und Willen des Kindes dem Bindungsaspekt integriert.

71 b) Förderungsprinzip

Nach dem Förderungsprinzip gebührt demjenigen Elternteil der Vorzug, „bei dem das Kind vermutlich die meiste Unterstützung für den Aufbau seiner Persönlichkeit erwarten kann“ (BVerfG NJW 1981, 217, 218 = FamRZ 1981, 124, 126; vgl schon BGHZ 3, 52, 59 f; NJW 1985, 1702 f = FamRZ 1985, 169). Der Sache nach umfaßt das Förderungsprinzip die **Elterneignung im weitesten Sinne**, einschl persönlicher, zwischenmenschlicher und die äußerlichen Verhältnisse betreffender Komponenten. Im einzelnen:

aa) Persönlichkeit und persönliche Umstände der Eltern

Es gibt weder ein rechtliches Leitbild „geeigneter Elternpersönlichkeit“ noch positive wissenschaftliche Kriterien hierfür (zu letzterem LEMPP FamRZ 1986, 530, 531; KLENNER FamRZ 1989, 804, 808). Möglich sind allenfalls negative Abgrenzungen. Während die Rechtsprechung gelegentlich zu umfassender Würdigung der elterlichen Persönlichkeit neigt und zB auch über den „Charakter“ der Eltern Urteile fällt (BayObLG FamRZ 1962, 165, 168; OLG Hamm FamRZ 1967, 296, 298; OLG Karlsruhe FamRZ 1966, 108, 109), ist demgegenüber nachdrücklich auf die dem Primat des Kindeswohls innewohnende Leit- und Begrenzungsfunktion zu verweisen (oben Rz 20, 54): Zwar müssen sich Eltern eine Beurteilung ihrer persönlichen Verhältnisse daraufhin gefallen lassen, inwieweit die daraus folgenden Einflüsse auf das Kind den Kindesinteressen förderlich oder schädlich sind (KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284, 1285). Die Eingriffs-iSv Beurteilungslegitimation des Staates endet aber dort, wo ein Zusammenhang mit dem Wohl des betroffenen Kindes nicht mehr besteht oder allenfalls auf hoher Abstraktionsebene herstellbar ist, daß ein konkreter Bezug nicht erkennbar ist (etwa: ein Elternteil mit „gutem Charakter“ ist auch gut für das Kind). Das Optimierungsgebot hinsichtlich grundrechtlich geschützter, aber gegenläufiger Rechte (Persönlichkeitsrecht der Eltern/Entwicklungs- und Schutzanspruch des Kindes) legt insoweit eine **zurückhaltende Tendenz** nahe (KG FamRZ 1990, 1383, 1384; 1983, 1159, 1161; OLG Stuttgart FamRZ 1976, 282, 283; zum ganzen COESTER, Kindeswohl S 203 f, 243 f, 254).

- 72 Zurückhaltung ist auch aus einem anderen Grund geboten: Die Persönlichkeit der Eltern bietet sich dem Familienrichter in einem Moment dar, der von vielen Betroffenen als Katastrophe, Versagen und existenzielle Verunsicherung oder Bedrohung empfunden wird. Daraus möglicherweise resultierende Haltungen (Depressivität, Aggressivität, Vermengung von Gatten- und Elternrolle) müssen nicht kennzeichnend für die Persönlichkeitsstruktur sein; sind sie offenbar *situationsbedingt*, sollten sie bei der richterlichen Prognose außer acht gelassen werden (vgl THALMANN FamRZ 1984, 634 ff, insbes 637; BUSCHMANN RdJ 1983, 408, 409; MünchKomm-HiNZ Rz 33; zutr relativierend KG FamRZ 1983, 1159, 1161).

Unbeachtlich für das Kindeswohl sind regelmäßige **Ausbildung, Bildung und sozialer** 73
Status eines Elternteils (OLG Hamm FamRZ 1980, 484, 485; MünchKomm-HINZ
 Rz 30; abw PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 14). Anderes könnte gelten, wenn ein
 Elternteil auf Grund seines Berufs oder seiner Vorbildung die konkreten Neigungen
 oder die Ausbildung des Kindes besonders zu fördern geeignet ist.

Die **Minderjährigkeit** eines Elternteils wird ebenfalls idR unbeachtlich sein. Die
 tatsächliche Personensorge kann von ihm ausgeübt werden (§ 1673 Abs 2), ihr
 kommt für (hier notwendigerweise) kleine Kinder zentrale Bedeutung zu
 (BayObLG NJW 1968, 452 f). Außerdem handelt es sich nur um kurze Zeiträume,
 die bis zur Volljährigkeit durch Vormundbestellung zu überbrücken sind (vgl § 1
 Abs 2 EheG; zur Sorgerechtsübertragung bei Ruhen der elterlichen Sorge oben
 Rz 34).

Seelische oder körperliche **Krankheit** können einer Sorgerechtsübertragung entge- 74
 genstehen, wenn sie die Erziehungseignung des Elternteils ausschließen, das Kind
 gefährden (Ansteckung) oder sonstige ungünstige Auswirkungen auf das Kind
 haben. Bei **Aids-Infiziertheit** eines Elternteils ist nach gegenwärtigem Erkenntnis-
 stand eine Ansteckung des Kindes im normalen familiären Kontakt „extrem un-
 wahrscheinlich“, eine Sorgerechtsübertragung auf ihn kommt deshalb in Betracht,
 wenn dies (auch im Hinblick auf das Verantwortungsbewußtsein des infizierten
 Elternteils und die künftige Krankheitsentwicklung) als die dem Kind vorteilhaftere
 Lösung erscheint (OLG Stuttgart NJW 1988, 2620, 2621; vgl OLG Hamm NJW
 1989, 2336; TIEDEMANN NJW 1988, 729, 736 [allerdings mit Hinweis auf die zu
 befürchtende soziale Isolierung des Elternteils und seiner Familie]). Dauernde
seelische Labilität kann die Erziehungseignung beeinträchtigen, insbes wenn sie zu
Alkoholabhängigkeit (vgl BayObLG FamRZ 1976, 534, 535: trotz momentaner
 Abstinenz Rückfallgefahr; BUSCHMANN RdJ 1983, 408, 409) oder **Drogensucht**
 geführt hat. Auch **Selbstmordversuche** können das Kind erheblich belasten und
 seine Entwicklungsbedingungen beeinträchtigen (OLG Köln FamRZ 1971, 186,
 187 f; OLG Hamm FamRZ 1968, 530, 532). Allerdings ist auch hier auf die
Scheidungsbedingtheit des elterlichen Verhaltens zu achten (vgl KG FamRZ 1983,
 1159, 1161 für Selbstmorddrohungen).

Problematisch ist die **Homosexualität** eines Elternteils. *Gegen* seine Eignung wird 75
 vor allem angeführt: Das Kind könne seinerseits zur Homosexualität verleitet
 werden (vgl WACKE FamRZ 1990, 347, 349 im Adoptionszusammenhang); seine
 moralische Entwicklung werde gefährdet; es werde Angriffen und Isolierung in der
 gesellschaftlichen Umwelt ausgesetzt sein (zu Rechtsprechung und Diskussionsstand
 in den USA, wo solche Fälle sehr häufig zu entscheiden sind, vgl NOTE HarvLRev
 102 [1989] 617 ff). Der verallgemeinernde Charakter dieser Argumente ist offen-
 sichtlich (vgl Rz 66). *Entscheidend* ist auch hier eine kindeszentrierte, einzelfallbe-
 zogene Sicht. Aus ihr kann sich ergeben, daß die aufgezeigten Gefahren in concreto
 unbelegt oder unwahrscheinlich sind und daß der homosexuelle Elternteil besser
 erziehungsgeeignet ist als der andere Teil (so AG Mettmann FamRZ 1985, 529
 [Anm LUTHIN], mit Zuweisung eines 5jährigen Sohnes zur Mutter, die in lesbischer
 Gemeinschaft mit einer anderen Frau lebt).

Im Grundsatz nichts anderes gilt hinsichtlich eines **transsexuellen Elternteils**. Plant 76
 dieser eine Geschlechtsumwandlung, so muß die Ehe schon vorher geschieden sein
 (§ 8 Abs 1 Nr 2 TSG). Die Zuweisung des Kindes zum transsexuellen Elternteil
 kann nicht schon wegen der Belastung versagt werden, die für das Kind mit dem
 Umstand verbunden ist, daß es künftig zwei Frauen oder zwei Männer als Eltern
 haben wird – hiermit wird es ohnehin konfrontiert. Die Erziehungseignung des
 transsexuellen Elternteils könnte aber dadurch beeinträchtigt werden, daß das Kind

sich statt von der bislang vertrauten Mutter nunmehr von einem zweiten „Vater“ versorgt und erzogen sieht (oder umgekehrt). Dennoch können die persönlichen Qualitäten und sonstigen Umstände im Einzelfall den Ausschlag zugunsten des transsexuellen Elternteils geben (OLG Schleswig FamRZ 1990, 433, 434 f [Änderung zugunsten des transsexuellen Elternteils]; zu einem amerikanischen Fall COESTER, Kindeswohl S 480). Plant dieser nur eine Vornamensänderung oder hat er sie während der Ehe schon durchgeführt (zu dieser Möglichkeit MASSFELLER-BÖHMER § 1 TSG Anm 2; vgl aber auch § 7 Abs 1 Nr 3 TSG), wiegen die Belastungen für das Kind von vornherein weniger schwer.

- 77 Problematisch ist schließlich die Entscheidung bei behaupteter **Nichtabstammung des Kindes vom (rechtlichen) Vater**. Die Abstammung des Kindes kann nur im Abstammungsprozeß geklärt werden (§§ 1593 BGB, 640 ff ZPO), diesbezügliche Ermittlungen durch das FamG sind unzulässig (SCHWOERER JZ 1962, 442 und VoraufI Rz 97; RGRK-ADELMANN Rz 67; MünchKomm-HINZ Rz 46; GERNHUBER § 45 I 5; GÖPPINGER FamRZ 1965, 169, 173; aA BayObLGZ 1961, 349 ff = FamRZ 1962, 169, 170 f). Dennoch ist eine Berücksichtigung der Abstammungsverhältnisse durch das FamG nicht ausgeschlossen (BayObLG FamRZ 1959, 122, 124; vgl BGH FamRZ 1975, 273, 276). Geht auch der Ehemann der Mutter von seiner Nichtvaterschaft aus und beantragt er nicht die Sorge für das Kind, so scheidet er mangels persönlicher Eignung und Bereitschaft zur Verantwortungsübernahme als Übertragungsalternative aus (vgl Rz 83). Beansprucht er hingegen das Sorgerecht, entweder weil er die Behauptung der Mutter bestreitet oder weil er die biologischen Verhältnisse für unwichtig hält für seine Vaterrolle, so hat das FamG die Abstammungsfrage außer acht zu lassen: Die **rechtliche** Elternstellung des Vaters folgt aus §§ 1591, 1593, und für das Kindeswohl ist die **psychosoziale** Elternschaft wichtiger als die genetische (im Ergebnis ebenso GERNHUBER aaO; RGRK-ADELMANN Rz 67; teilweise abweichend MünchKomm-HINZ Rz 46; SCHWAB, Handbuch Rz III 144 für den Fall „offenkundiger Nichtabstammung“).

78 bb) Verhalten der Eltern im persönlichen Bereich

Die **Scheidungsschuld** ist seit dem 1. EheRG kein Sorgerechtskriterium mehr – sie kann es schon deshalb nicht sein, weil es seit Einführung des Zerrüttungsprinzips eine verbindliche Schuldfeststellung im Eheverfahren nicht mehr gibt. Damit ist fraglich geworden, inwieweit tatsächliche **Eheverfehlungen** noch in der Sorgerechtsentscheidung berücksichtigt werden dürfen. Zwar verbieten sich Parallelen zu Billigkeitsklauseln bei den vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen (§§ 1381, 1579, 1587 c, 1587 h; zum Hausrat KG FamRZ 1988, 182 ff), weil es dort um Gerechtigkeit auf Paar-Ebene geht, bei § 1671 aber um kindgerechte Lösungen. Der **Primat des Kindeswohls** zeichnet jedoch, bereits dargestellten Grundsätzen entsprechend (Rz 20, 54), die Antwort vor: Eheverfehlungen sind insoweit weiterhin beachtlich, als sie unmittelbar die Kindesinteressen beeinträchtigt haben und aus ihnen eine fortdauernde Minderung der Erziehungseignung des betreffenden Elternteils gefolgert werden kann. Ausmaß und Gewicht der Eheverfehlungen im Verhältnis zum Ehepartner sind hingegen unbeachtlich – eine vom Erfordernis der unmittelbaren Kindbetroffenheit abstrahierende Berücksichtigung würde Elterninteressen und staatliches Sanktionsinteresse vor das Kindeswohl treten lassen, sie ist durch die allein aus den Kindesinteressen legitimierte Eingriffsbefugnis des Staates nicht gedeckt (ausf COESTER FamRZ 1977, 217 ff; vgl SCHWENZER, Status S 116; DIECKMANN AcP 178 [1978] 298, 309 f). Die Instrumentalisierung der Sorgerechtszuweisung im Elterninteresse wird besonders deutlich, wenn die Freihaltung des „nichtschildigen“ Teils von Unterhaltsverpflichtungen gem § 1570 in die Abwägung einfließen soll (vgl Rz 55).

Das **Kind** ist durch Eheverfehlungen **unmittelbar betroffen**, wenn es im Zusammenhang mit ihnen zu Beeinträchtigung von Betreuung und Erziehung gekommen ist (haushaltsführender Elternteil verläßt abrupt die Familie und zieht zu neuem Partner), wenn das Kind mehr oder weniger unmittelbar Zeuge des ehewidrigen Verhaltens ist (vgl BGH FamRZ 1978, 405, 407; BayObLG FamRZ 1967, 402, 405); einschl Gewalttätigkeiten gegen den anderen Ehegatten, wenn das Loyalitätsgefühl des Kindes zum anderen Elternteil verletzt wird (vgl OLG Stuttgart FamRZ 1976, 282, 283 f; Der Vater bezeichnete seine Freundin schon vor der Scheidung den Kindern gegenüber als „Mama“) oder wenn der untreue Teil in anderer Weise zu erkennen gibt, daß er seine Interessen ohne die gebotene Rücksicht auf die Kinder verfolgt (vgl Rz 84). Sind die Kinder in den Ehestreit hineingezogen worden, so kann es für sie eine Belastung bedeuten, in einem Haushalt mit dem Ehebruchspartner des sorgeberechtigten Teils leben zu müssen (OLG Hamm FamRZ 1986, 715, 716).

Abzulehnen sind hingegen **pauschale Verknüpfungen** von Eheverfehlungen mit **79** (vermutlich) mangelnder Erziehungseignung (so aber KEMPER ZBIJugR 1977, 413 f; STEFFEN ZBIJugR 1979, 129; bedenklich auch BVerfG NJW 1981, 1771, 1773). Wie schon vor 1977, wird hier sichtbares Fehlverhalten mit „Schuld“ an der Ehezerstörung schlicht gleichgesetzt (zutr Kritik deshalb – auf unterhaltsrechtlicher Ebene – bei DIEDERICHSEN NJW 1980, 1672, 1673; LIMBACH NJW 1980, 873 f; dies, Brühler Schriften Bd 2 [1982] S 44 ff, 48 ff) und Gattenversagen mit Elternversagen untrennbar verknüpft. Nicht-kindesbezogenes Fehlverhalten darf aber auch dann nicht in die Sorgerechtsabwägung einfließen, wenn es „kraß“ ist (so aber BVerfG NJW 1981, 1771, 1773; OLG Bamberg FamRZ 1985, 528; zust SCHÜTZ FamRZ 1985, 1179; MünchKomm-HINZ Rz 33). Ein Bezug zum Kindeswohl kann auch nicht auf abstrakter Ebene schon durch das Argument hergestellt werden, die Zerstörung der ehelichen Familiengemeinschaft sei stets kindeswohlwidrig (zu pauschal OLG Bamberg aaO; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036, wonach die Zuwendung zu einem anderen Partner Indiz sei für eine Höherbewertung der eigenen Interessen vor denen der Kinder) oder das ehewidrige Verhalten beeinträchtige als schlechtes Vorbild die sittliche Wertbildung des Kindes (OLG Bamberg aaO; OLG Hamm FamRZ 1977, 744, 748 mwN für den Diskussionsstand vor dem 1. EheRG; zum Vorbildargument noch Rz 81).

Damit ist auch das Gewicht **sonstiger sittlicher Bedenken** gegen die Lebensführung **80** eines Elternteils *nach* der endgültigen Trennung berührt, insbes das Zusammenleben mit einem neuen Partner in **ehähnlicher Gemeinschaft**. Die Beachtung sittlicher Standards bei Beurteilung der Elterneignung wirft die Frage nach ihrem legitimen Stellenwert in Rechtsentscheidungen auf, die Durchsetzung „sittlicher Normen“ führt tendenziell zu einer Verdrängung der konkreten Kindesinteressen durch Gesellschaftsinteressen (oben Rz 62; SIMITIS ua, Kindeswohl S 289 ff, 296; COESTER, Kindeswohl S 242 ff). Unproblematisch ist allerdings auch hier die Berücksichtigung solcher Verhaltensweisen, die unmittelbar negative Auswirkungen auf das Kind haben (zB Betreuungsmängel, seelische Bedrängnis; deutlich die Fragestellung in BayObLG FamRZ 1977, 650, 653). Eine mittelbare Betroffenheit des Kindes wurde üblicherweise mit dem **Vorbildargument** begründet: Das Vorleben eines von der „Sittenordnung“ nicht gebilligten Verhaltens sei geeignet, die sittlichen Vorstellungen des Kindes von Ehe und Familie in bedenklicher Weise zu verwischen, ihm würden nicht „die richtigen sittlichen Wertmaßstäbe“ vermittelt (BayObLG FamRZ 1977, 650, 652; KG FamRZ 1959, 423, 424; OLG Bamberg FamRZ 1980, 620, 622; FamRZ 1985, 528 [allerdings für den Fall doppelseitigen Ehebruchs]; OLG Hamm FamRZ 1973, 148, 149; FamRZ 1977, 744, 748; OLG München FamRZ 1979, 70, 71; ERMAN-MICHALSKI Rz 22). Angesichts weitgehender

Akzeptanz unverheirateten Zusammenlebens in der heutigen Gesellschaft hat diese Rechtsprechung viel von ihrer praktischen Bedeutung verloren, kann aber nicht als überwunden bezeichnet werden.

81 Zuzugebendermaßen gehört die Entwicklung moralisch-sittlicher Maßstäbe zum „Wohl des Kindes“ iSv § 1671 Abs 2, und die Vorbildwirkung elterlichen Verhaltens entspricht nicht nur allgemeiner Überzeugung, sondern ist entwicklungspsychologisch belegt (Eltern als „Identifikationsmodelle“, vgl LEMPP, Ehescheidung S 8; LEMPP-RÖCKER ZfKinderuJugPsych 1 [1973] 25, 26; LEHR, Die Rolle der Mutter [1974] S 129; MITSCHERLICH, Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft [1963] S 74, 152, 227). Zum einen findet hier aber eine bedauerliche Verengung des „Sittlichen“ auf das geschlechtliche Partnerverhalten statt – für die umfassende sittliche Entwicklung des Kindes dürfte das Vorleben harmonischer Beziehungen zwischen zwei Erwachsenen förderlicher sein als das Erlebnis verheirateter, aber ständig streitender Eltern (verquer KG FamRZ 1968, 98, 100, wonach gerade die Harmonie der außerehelichen Partnerbeziehung die Wertmaßstäbe des Kindes gefährden soll; zutr demgegenüber BGH FamRZ 1979, 113; OLG Hamm FamRZ 1980, 487, 488; OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531: stabiles eheähnliches Verhältnis positiv für das Kind). Zum zweiten ist der unvermittelte Schluß vom elterlichen Vorbild auf die kindliche Wertbildung zu simplifizierend, letztere ist ein komplexer, auch von vielen anderen Faktoren abhängender Prozeß (vgl PIAGET, Das moralische Urteil beim Kinde [1973]; OERTER, Moderne Entwicklungspsychologie [1977] 3. Kap). Zum dritten kann der so reduzierten Restbedeutung eines „unsittlichen Vorbilds“ im Rahmen der Gesamtabwägung des Kindeswohls (Rz 67) kaum entscheidende Bedeutung zukommen, eine positive, liebevolle Eltern-Kind-Beziehung ist für die Kindesentwicklung nach heutigem Verständnis wichtiger (i Erg ähnl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 30; RGRK-ADELMANN Rz 66; ROLLAND Rz 25; D SCHWAB, Handbuch Rz III 136; anders noch KG FamRZ 1958, 423, 424; OLG Bamberg FamRZ 1985, 528 f [im Ergebnis wegen mangelnder Kindeswohlorientiertheit des Elternteils aber vertretbar]).

82 Entsprechend hat die Rechtsprechung auch entschieden, wenn ein Elternteil seiner von den vorherrschenden sittlichen Standards abweichenden Lebensweise eine **weltanschaulich/religiöse Rechtfertigung** unterlegt hat. So gab bei einer alternativen Wohngemeinschaft mit dem Konzept „befreiter Sexualität“ trotz teilweise auch unmittelbarer Kindbetroffenheit die enge Mutter-Kind-Beziehung und die bisherige positive Entwicklung des (7jährigen) Mädchens den Ausschlag zugunsten des Verbleibs bei der Mutter (OLG Stuttgart NJW 1985, 67 f [Änderungsfall], mit überzogener Kritik von SCHÜTZ FamRZ 1985, 1179; WEGENER JZ 1985, 851; abl auch BOSCH FamRZ 1985, 1286; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 28; SCHWAB, Handbuch Rz III 136). Auch die Zugehörigkeit eines Elternteils zur **Bhagwan-Bewegung** disqualifiziert ihn nicht automatisch, sondern nur bei Einbeziehung und Festlegung des Kindes auf diese Weltanschauung mit der Gefahr der Abdrängung in eine gesellschaftliche Außenseiterrolle (OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284, 1285).

Gleiches gilt für die stark *religiös* geprägte Lebensführung eines Elternteils: Über Religionen ist staatlicherseits nicht zu urteilen, die Berücksichtigung kindeswohlwidriger Auswirkungen (Isolierung des Kindes, Herumschleppen bei Missionstätigkeit) ist aber bei der Auswahl des für das Kind „besseren“ Elternteils geboten (COESTER, Kindeswohl S 229 ff). Allerdings sind auch hier Pauschalurteile zu vermeiden. Ist ein Elternteil **Zeuge Jehovas**, so ist im Einzelfall zu prüfen, ob er sich einer erforderlicher werdenden Bluttransfusion für die Kinder wirklich entgegenstellen würde. Gewinnt das Gericht die Überzeugung, daß der Elternteil im Ernstfall das Kindeswohl über seine religiösen Überzeugungen stellen würde, kann ihm die

elterliche Sorge uneingeschränkt übertragen werden (BayObLG FamRZ 1976, 43, 46).

cc) Kindbemühtheit der Eltern

83

Bereitschaft und Fähigkeit zur Verantwortungsübernahme für das Kind:

Maßgebliches Kriterium des Kindeswohls ist die *ernstliche Bereitschaft* eines Elternteils, die alleinige Verantwortung (einschl der damit verbundenen Belastungen) für das Kind zu übernehmen (BayObLG FamRZ 1968, 267, 268; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036; OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 293, 294 f; OLG Hamm FamRZ 1980, 487 f; OLG Stuttgart FamRZ 1978, 827, 828). Sie drückt sich regelmäßig in einem *Antrag* auf Zuweisung des Sorgerechts aus; dies muß aber nicht sein, ebenso wenig wie ein ausdrücklicher Antrag stets Ausdruck elterlichen Bemühens um das Kindeswohl ist (denkbar zB auch als Motiv: Unterhaltssicherung, § 1570, oder Fortsetzung des Kampfes auf Partnerebene, vgl OLG Frankfurt FamRZ 1990, 783).

Wesentlich ist auch die **Kindesorientiertheit der Eltern**, dh ihre Fähigkeit, die Interessen des Kindes als eigenständige neben den ihren zu erkennen, insbes auch im Gattenstreit, und die eigenen Verhaltensweisen auf die Bedürfnisse des Kindes abzustimmen, möglicherweise auch unter Zurückstellung persönlicher Belange oder Wünsche. Dies gilt hinsichtlich der **persönlichen Lebensgestaltung**, etwa der beruflichen Tätigkeit oder der Partnerbeziehungen: Ist in der Vergangenheit deutlich geworden, daß ein Elternteil sich vorrangig von seinen persönlichen Interessen leiten ließ und Kindesinteressen für ihn eher zweitrangige Bedeutung haben, so spricht dies gegen seine Eignung (OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036; OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 296, 297 [krasser Fall]; OLG Frankfurt FamRZ 1984, 296, 297; OLG Stuttgart NJW 1988, 2620, 2621). Umgekehrt läßt erkennbare Berücksichtigung der Kindesinteressen bei der persönlichen Lebensplanung auf gute Elterneignung schließen (OLG Stuttgart FamRZ 1978, 827, 828; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036 [Vater bringt berufliche Entscheidungen mit den Kindesinteressen in Einklang]).

Die Fähigkeit zu kindesorientiertem, verantwortlichem Handeln kann dadurch in Zweifel gerückt sein, daß ein Elternteil bei den **Trennungsvorgängen** oder im **Sorgestreit** rigoros und eigenmächtig seine Interessen verfolgt (vgl WENDL-KAMPMANN-WENDL S 254 f; OLG Köln FamRZ 1980, 1153 f [Mutter verläßt zunächst die Kinder und zieht zu Freund, fordert später, nach Konsolidierung der Verhältnisse, das Sorgerecht]; zur Aufhetzung des Kindes gegen den anderen Elternteil unten Rz 94), etwa durch *Zurückhaltung des Kindes*, nachdem es durch einstweilige Anordnung oder gem § 1672 dem anderen zugewiesen wurde, oder durch *Wegnahme* beim anderen (OLG Frankfurt FamRZ 1984, 296, 297), insbes durch **Kindesentführungen**. Solche Maßnahmen treffen das Kind regelmäßig unvorbereitet, verwirren und verunsichern es, können es entwurzeln und der Gefahr mehrfacher Umgebungswechsel aussetzen. Sie belasten das Kind seelisch im Hinblick auf die Beziehung zum anderen Elternteil und sind oft mit anderen kindeswohlwidrigen Begleitumständen verbunden (zB Verbergen, Verleugnungen, gewaltsame Rückführungsversuche). Kindesentführungen deuten deshalb auf mangelnde Kindesorientiertheit des entführenden Elternteils hin und damit auf seine mangelnde Erziehungseignung (KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Bamberg FamRZ 1990, 1135, 1136 f; OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 296, 297; OLG Hamm FamRZ 1988, 1198, 1200; OLG Hamburg FamRZ 1972, 1514, 1515 f; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 608; SIEHR FamRZ 1976, 255 ff; ders DAVorm 1977, 220 ff; die Wegnahme ignorierend hingegen AG Mettmann FamRZ 1985, 529). Dies gilt auch, wenn gleich

möglicherweise abgeschwächt, im Fall der „Gegenentführung“ durch den anderen Elternteil (vgl OLG Hamburg, ZBJugR 1988, 94, 96). Das Gewicht, das einer Kindesentführung beizumessen ist, hängt allerdings von den Motiven des Elternteils im konkreten Fall ab: „Mildernd“ könnte berücksichtigt werden, wenn der Entführer sich für allein sorgeberechtigt (KG FamRZ 1983, 1159, 1161) oder das Kind für bedroht hielt (OLG Oldenburg FamRZ 1983, 94, 95) oder aus sonstigen Gründen im Kindesinteresse zu handeln glaubte (OLG Hamm FamRZ 1988, 1198, 1200 [Sorge um das gesundheitliche Wohl des Kindes]). Die allgemeine Überzeugung, das Kindeswohl sei nur bei ihm oder nur in Deutschland gewahrt, kann dem Entführer insoweit jedoch nicht zugutegehalten werden, hier werden nur eigene Interessen in die des Kindes projiziert. Im übrigen ist das FamG in Entführungsfällen gehalten, die Elternbeurteilung im Lichte des Kindeswohls gedanklich zu trennen vom staatlich-gesellschaftlichen Interesse an Sanktion rechtswidrigen Verhaltens (dazu oben Rz 62) und an Generalprävention. Geschieht dies nicht, kann der Entführungsaspekt überproportionales Gewicht erlangen und vom konkreten Kindeswohl ablenken (vgl COESTER, Kindeswohl S 239 Fn 351 mwN). Insbes können in der Gesamtabwägung die inzwischen eingetretene Verwurzelung des Kindes beim Entführer und sein Wille seine dortige Belassung gebieten (KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Hamm FamRZ 1988, 1198, 1200; vgl auch OLG Düsseldorf FamRZ 1982, 534, 535; nur im Ergebnis anders BGH FamRZ 1979, 577, 580; zu *internationalen Kindesentführungen* s noch Rz 228 ff; zur Erstattung v Detektivkosten vgl BGH NJW 1990, 2060 ff mwN [Anspruch grds gegeben]).

- 86** Das Postulat der Kindeswohlorientiertheit gilt schließlich auch für das **Verhalten der Eltern zueinander**, soweit es vom Kind wahrnehmbar ist. Zwar gelingt es vielen Betroffenen nicht, im Scheidungsstreit die Partnerebene und die Elternebene auseinanderzuhalten, zu oft kommt es zu einer Instrumentalisierung der Kinder. Insoweit handelt es sich um typischerweise situationsbedingtes Verhalten, das nicht einen grundsätzlichen Eignungsmangel darstellen muß (Jopp FamRZ 1987, 880, 883 f: Hier liegt ein wichtiger Ansatzpunkt für präventives staatliches Bemühen um das Kindeswohl, vgl Rz 24). Gelingt es einem Elternteil im Einzelfall jedoch, die persönlichen Spannungen im Verhältnis zum Partner zurückzudrängen, das Kind von den Elternkonflikten freizuhalten und ihm das Gefühl zu geben, daß es weiterhin zwei um sein Wohl bemühte Elternteile hat, so ist dies um so mehr ein wesentlicher Gesichtspunkt zugunsten dieses Elternteils (OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036 [Vater hat „in schwieriger persönlicher Situation vorbildhaft reagiert“]; vgl auch OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284). Indiz für die Voranstellung der Kindesinteressen vor die eigenen kann auch sein, wenn der in erster Instanz obsiegende Elternteil das Kind zunächst, bis zur endgültigen Klärung der Sorgeberechtigung, noch beim anderen Elternteil beläßt (OLG Celle aaO; OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312).

87 dd) Erziehung und Förderung des Kindes

Die elterliche **Erziehung** ist nicht, wie gelegentlich vertreten wird, im Hinblick auf Art 6 Abs 2 S 1 GG der rechtlichen Beurteilung völlig entzogen (so SCHMITT-GLAESER, Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung [1980] S 14, 33, 42, 58 f). Hinsichtlich Erziehungsziel und Erziehungsmethoden gibt es einige Vorgaben des Rechts, darüber hinaus konsensgetragene Überzeugungen von den Grundbedingungen kindesförderlicher Erziehung in Wissenschaft und Rechtsprechung, die der Familienrichter ebenfalls seiner Entscheidungsfindung zugrundelegen darf (Rz 65). Über diese Vorgaben hinaus allerdings darf der Familienrichter nicht Partei ergreifen im Erziehungsstreit der Eltern, sondern muß vertretbare Erziehungskonzeptionen der Eltern als gleichwertig behandeln (OLG Hamm

FamRZ 1989, 654, 655; OLG Frankfurt FamRZ 1978, 261, 262; AG Stuttgart FamRZ 1981, 597; OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2202 [betr Uneinigkeit über medizinisch/hygienische Maßnahmen, die auch von Fachleuten divergierend beantwortet wurden: Entscheidend sei nur entsprechendes Verantwortungsbewußtsein der Eltern]).

Als rechtliches **Erziehungsziel** ist die *Heranbildung der jungen Menschen zur selbstbestimmungsfähigen, selbstverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit* anerkannt (vgl Art 1, 2 GG, dazu BVerfG FamRZ 1968, 578, 584; FamRZ 1974, 595, 597; BT-Drucks 8/2788 S 34; einfachgesetzliche Umsetzung in §§ 1 Abs 1, 8 Nr 2, 10 Abs 1 S 2, 21 Abs 1 KJHG). Dem entspricht eine **Erziehungsmethode**, die das Kind als *Individuum mit eigener Würde, Rechten sowie der wachsenden Fähigkeit zur Selbstentscheidung* ernst nimmt und insoweit fördert (vgl §§ 1626 Abs 2, 1631 Abs 2, 1631 a Abs 1 S 1; ausf COESTER, Kindeswohl S 183 ff, 189 ff; MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 49 ff).

Nicht mehr zum rechtlichen Erziehungsziel gehört „gesellschaftliche Tüchtigkeit“, wie § 1 JWG formulierte. Die Eltern schulden dem Staat nicht „geeigneten Nachwuchs“ (vgl aber SCHÜTZ FamRZ 1986, 947, 948), und auch das „Aufbauen einer echten Bindung zum deutschen Volk“ ist nicht Inhalt rechtlich vorgeschriebener Erziehung (so aber SCHÜTZ aaO mit unzutreffender Berufung auf BVerfG FamRZ 1974, 579, 588; vgl dagegen BGH FamRZ 1990, 392, 393 f). Bei diesen Forderungen geht es nicht mehr um Kindeswohl, sondern Gesellschaftsinteressen (Rz 62).

Erziehungsweisen eines Elternteils, die das vorgegebene Erziehungsziel gefährden, **88** lassen ihn als ungeeignet erscheinen (Isolierung des Kindes, strikt autoritäre, auf Befehl und Gehorsam aufbauende Erziehung). Die Herkunft des Elternteils aus *fremder Kultur*, in der solche Erziehung üblich ist, ändert daran nichts, das Kindeswohl ist nach deutschem Recht zu beurteilen (Rz 221; zu türkischen Eltern § 1666 Rz 120 ff; vgl AG Bonn FRES 1 [1979] S 10 ff [spanischer Vater unterbindet Kontakte der Tochter zu Gleichaltrigen]). Die Elterneignung entfällt regelmäßig auch bei Fehlverhalten gegenüber dem Kind, das von vornherein nicht mehr als „Erziehungsverhalten“ eingestuft werden kann und auch Eingriffe nach § 1666 rechtfertigen würde, zB **Gewalttätigkeiten** (OLG Hamm NJW 1968, 454; FamRZ 1977, 745, 747; LG Mannheim NJW 1972, 950; zur Kindesmißhandlung im Rahmen des § 1666 s dort Rz 75 ff) oder **sexueller Mißbrauch** (vgl § 1666 Rz 75; zur Problematik entsprechender Vorwürfe, zumeist der Mutter gegen den Vater, im Scheidungszusammenhang s RÖCKER in: DU BOIS [Hrsg], Praxis und Umfeld der Kinder- und Jugendpsychiatrie [1989] S 145 ff [Risiko der Falschbezeichnung; psychologische Zwangslage für das Kind; Fall für Kindesanwalt?]).

In der Wahl zwischen den Eltern darf der Familienrichter aber auch Rechtswertungen **89** heranziehen, deren Verletzung allein noch keinen Eingriff in die intakte Familie rechtfertigen würde (Rz 19; insoweit mißverständlich der Ansatz in OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284, 1285 [Bhagwan]). Es ist also zugunsten eines Elternteils zu berücksichtigen, wenn es ihm (im Gegensatz zum anderen Teil) gelingt, das Kind **partnerschaftlich zu erziehen** (§ 1626 Abs 2; vgl demgegenüber § 1666 Rz 113). Dabei ist „partnerschaftlich“ nicht zu verwechseln mit permissiver, auf elterlicher Schwäche beruhender Haltung (vgl OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1233; OLG Bamberg FamRZ 1988, 750, 751; DIEDERICHSEN NJW 1980, 1, 3). Partnerschaftliche Erziehung ist auch „in gewissem Umfange“ mit der Forderung nach Disziplin, Pünktlichkeit, Zuverlässigkeit und Unterordnung verträglich (OLG Hamm FamRZ 1989, 654, 655; eine gewisse Vorliebe der Rechtsprechung für die „feste Hand“ in Erziehungsfragen ist jedoch unverkennbar). Zu berücksichtigen ist ferner, wenn (nur) ein Elternteil das Kind in **Ausbildungs- und Berufsfragen** angemessen beteiligt

(§ 1631 a Abs 1 S 1), oder wenn ein Elternteil ohne **Züchtigung** des Kindes auskommt, selbst wenn die Züchtigung durch den anderen Elternteil das Maß des (derzeit noch) Erlaubten nicht überschreitet (OLG Hamm FamRZ 1977, 744, 747; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 29; näher COESTER, Kindeswohl S 194 f; zum elterlichen Züchtigungsrecht allgemein s Erl zu §§ 1626, 1631).

- 90** Die Qualität der Erziehung hängt desweiteren von der **Stabilität der Lebensverhältnisse** ab, die das Kind bei den Elternteilen jeweils zu erwarten hat. Als zukunftsorientierter Aspekt ist die Stabilität vom Kontinuitätsgedanken zu unterscheiden (zu letzterem unten Rz 126), sie ist als „Stetigkeit in der Entwicklung und Erziehung des Kindes“ (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1183) zu sichern, unabhängig von den bisherigen Betreuungsverhältnissen (vgl FTHENAKIS in: REMSCHMIDT [Hrsg], Kinderpsychiatrie [1984] S 36, 41; ARNTZEN, Elterliche Sorge [1980] S 18; ELL, Trennung [1979] S 62 ff). Sie beruht auf der Erkenntnis, daß Erziehung „das Aufbauen von Verhaltenskonstanten“ ist (BayObLG FamRZ 1976, 38, 40), bezieht sich aber auch auf die persönlichen Bindungen des Kindes (OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1233) und die äußeren Lebensumstände. Der Stabilität der künftigen Erziehungsverhältnisse wird in der Rechtsprechung hohe Bedeutung zugemessen (KG FamRZ 1990, 1383, 1384; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036; OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 296, 298; OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531; OLG Hamm FamRZ 1988, 1313, 1314). Sind die künftigen Lebensumstände eines Elternteils hingegen ungesichert oder führt er einen unsteten Lebenswandel, spricht dies gegen eine Sorgerechtszuweisung an ihn (OLG Celle aaO; OLG Stuttgart NJW 1988, 2620, 2621). Die Unstetigkeit kann auch auf ständigem Partnerwechsel der zur dauernden Bindung unfähigen Mutter beruhen (OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1233 f, unter Hinweis auf entsprechende soziale Entwicklungsstörungen beim Kind).
- 91** Ein wesentlicher Aspekt sind auch die Möglichkeiten der Eltern zur **persönlichen Betreuung des Kindes**. Es entspricht verbreiteter Überzeugung, daß die persönliche Betreuung durch einen Elternteil dem Kindeswohl förderlicher ist als Drittbetreuung, und seien die „Dritten“ auch die Großeltern (BVerfG NJW 1981, 217, 219; OLG Bamberg FamRZ 1988, 750, 751; OLG Frankfurt FamRZ 1984, 296, 297; FamRZ 1990, 550; OLG Stuttgart NJW 1988, 2620, 2621). Demgemäß gebührt bei beiderseits geeigneten Eltern regelmäßig dem *nicht berufstätigen* Elternteil der Vorrang (zur Unmaßgeblichkeit von Gleichberechtigungserwägungen und zum „Muttersvorrang“ insoweit Rz 58). Bei *beiderseitiger Berufstätigkeit* kann entscheidend sein, wer dem Kind mehr Zeit zuwenden kann (OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 293, 294 f [Vater, der Betreuung durch Dritte werktätig bis 15 Uhr sicherstellt und sich im übrigen intensiv um das Kind kümmert, hat Vorrang vor Mutter, die das Kind gänzlich bei den Großeltern aufwachsen lassen will]; ähnlich, nur in umgekehrter Konstellation OLG Hamm FamRZ 1980, 487 f; vgl OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2202; AG Mettmann FamRZ 1985, 529).
- 92** Allerdings ist der Betreuungsaspekt in zweierlei Hinsicht zu relativieren. Zum einen ist im Zweifel die **Qualität der elterlichen Zuwendung** für das Kind wichtiger als die Quantität der aufgewendeten Zeit (OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531, 532; vgl LEHR, Die Rolle der Mutter in der Sozialisation des Kindes [1974]; dies ZBlJugR 1975, 413: Die schlechteste Alternative für das Kind ist die mit ihrer Rolle unzufriedene Nur-Hausfrau). Zum zweiten kann der **Bindungsaspekt** den Zeitfaktor aufwiegen. Dies gilt einerseits zugunsten des berufstätigen Elternteils, zu dem das Kind sich stärker hingezogen fühlt (BVerfG NJW 1981, 217, 219; OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1193; OLG Hamm FamRZ 1986, 715, 716; OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1234; ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 27 ff; KALTENBORN FamRZ 1987, 990, 998). Es kann aber auch eine gewachsene Bindung an den *betreuenden Dritten*,

häufig die Großeltern, schützenswert sein – in diesem Fall kann das Sorgerecht dem Elternteil zuzusprechen sein, der das Kind den Großeltern (zumindest zunächst) beläßt (OLG Hamm FamRZ 1986, 714; FamRZ 1985, 637, 638; FamRZ 1980, 485 ff; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 43; RGRK-ADELMANN Rz 59). Gefordert werden muß dabei jedoch, daß er dieses zur Schonung der Kindesbindungen tut und nicht aus Desinteresse am Kind. Aufschlußreich insoweit sollte sein, ob und wie intensiv der Elternteil sich um das Kind in der ihm dafür zur Verfügung stehenden Zeit kümmert und versucht, seiner Elternverantwortung zu genügen. Die Sorge-rechtszuweisung an einen Elternteil, der das Kind bei dessen vertrauter Bindungs-person belassen will und im übrigen selbst keinerlei Elternfunktionen wahrnimmt, ist eine Umgehung des § 1671 Abs 5 S 1 und keine Kindeswohlgerechte Ausübung des staatlichen Wächteramts (tendenziell ebenso JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 43). Auf eine bestimmte Quantität der elterlichen Beteiligung an der Sorge-rechtsausübung kommt es dabei allerdings nicht an, entscheidend ist das Bemühen im Rahmen des Möglichen (ähnl wohl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 43; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 14).

Nach mancher Ansicht hat die persönliche elterliche Betreuung *zentrale Bedeutung* **93** für **Kleinkinder**, verliert aber mit zunehmendem Alter an Gewicht (OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1193; MünchKomm-HINZ Rz 30; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 25, 26; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 14). Dies mag im Hinblick auf das Zeitgefühl des Kleinkindes, seine psychische Angewiesenheit auf seine „Bezugspersonen“ und sein gesteigertes Bedürfnis nach stabilen familiären Lebensbedingungen richtig sein, sollte aber nicht in dem Sinne mißverstanden werden, daß persönliche Betreuung bei älteren Kindern „unwichtig“ sei.

In neuerer Zeit hat sich ein weiteres Erziehungskriterium in den Vordergrund **94** geschoben, das speziell für die Scheidungsfamilie gilt: Die Fähigkeit und Bereitschaft eines Elternteils, als Sorgeberechtigter dem Kind ein **positives Bild vom anderen Elternteil** zu belassen (oder zu vermitteln) und dessen **Kontakte mit dem Kind spannungsfrei zu ermöglichen**, möglichst sogar zu fördern (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182; BGH NJW 1985, 1702, 1704; KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Bamberg FamRZ 1990, 1135, 1137; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036; OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531; OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284; AG Stuttgart FamRZ 1981, 597; WENDL-KAMPMANN-WENDL S 254 f). Grundlage dieses Kriteriums ist die wissenschaftliche Erkenntnis, daß das Scheidungskind das Scheidungs-trauma am ehesten bewältigen kann, wenn es erfährt, daß es weiterhin *zwei* an seinem Wohl interessierte Eltern hat (s Rz 162). Gesetzlichen Niederschlag hat diese Erkenntnis in § 1634 Abs 1 S 2 gefunden (als scheidungsspezifische Ausprägung von § 1618 a, dazu dort Rz 36).

Ist diese kindgerechte Haltung bei einem Elternteil vorhanden, scheint er als Sorgeberechtigter besonders gut geeignet. In Zweifelsfällen drohen Gerichte gelegentlich mit § 1696, falls der begünstigte Elternteil das erforderliche Wohlverhalten nicht zeigen sollte (KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1234 f). Umgekehrt fällt negativ in die Waagschale, wenn ein Elternteil seine feindselige, aggressive Einstellung gegenüber dem anderen Teil auch auf das Kind überträgt, es etwa negativ beeinflusst und aufhetzt. Hierin liegt ein erhebliches Elternversagen, das die Erziehungseignung stark beeinträchtigt (BGH NJW 1985, 1702, 1704; OLG Hamm FamRZ 1989, 654, 655 f; Schweizerisches Bundesgericht, BGE 1:5, 206 ff, 210 f). Eine extreme Spielart dieses Versagens sind Kindesentführungen (dazu Rz 85). Allerdings ist auch hier zu prüfen, ob eine verhärtete Grundhaltung des Elternteils vorliegt oder nur *krisebedingtes Fehlverhalten*, das nicht repräsentativ sein muß für die Beziehungen in der Nach-Scheidungsfamilie (THAL-

MANN FamRZ 1984, 634, 636; KG FamRZ 1983, 1159, 1160). Selbst im erstgenannten Fall muß das Kind die Situation jedoch schicksalhaft hinnehmen, wenn in der Person des anderen Elternteils keine bessere Alternative zur Verfügung steht: Das Versagen des aufhetzenden Elternteils betrifft immerhin nur einen *Teil* des gesamten Erziehungsbereichs und begründet nicht notwendig seine völlige Ungeeignetheit als Sorgeberechtigter (BGH NJW 1985, 1702, 1704).

95 Familiäres und soziales Umfeld: Neben den persönlichen Erziehungs- und Betreuungsfähigkeiten der Eltern ist auch das familiäre und soziale Umfeld zu beachten, das das Kind jeweils vorfinden würde. Hierzu gehören die **Großeltern** und andere Verwandte, deren Persönlichkeiten und Verhaltensweisen dann in die Ermittlungen einzubeziehen sind, wenn sie nennenswerten Einfluß auf das Kind haben werden (OLG München FamRZ 1979, 70, 71). Das Vorhandensein von **Geschwistern** ist ein wichtiger Gesichtspunkt, aber auch von anderen Kindern im Haushalt, etwa Stiefgeschwistern (vgl BayObLG FamRZ 1976, 38, 40: „pädagogischer Vorteil“; vgl noch Rz 112). Auch die Person des **neuen Lebenspartners** ist für das Kind von Interesse, sie kann positiv oder negativ ins Gewicht fallen (OLG Köln FamRZ 1980, 1153, 1154; zum sittlichen Aspekt des „Konkubinats“ Rz 80, 81). Hat der neue Partner die Lebensverhältnisse des Elternteils stabilisiert und zeigt er eine positive Einstellung zum Kind (einschl dessen Beziehungen zum anderen Elternteil), kann er als günstiger Faktor für den jeweiligen Elternteil berücksichtigt werden (OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531; OLG Hamm FamRZ 1980, 487, 488; zur entsprechenden Ermittlungspflicht des Gerichts OLG Köln FamRZ 1980, 1153 f). Eine ungesicherte Partnerbeziehung oder gar häufig wechselnde Beziehungen sind eher negativ einzustufen (OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 296, 297 f; OLG Frankfurt FamRZ 1990, 550; OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1233 f). War der Partner der „Scheidungsgrund“ und wissen die Kinder das, kann das Zusammenleben mit diesem die Kinder in Loyalitätskonflikte bringen und psychisch belasten (OLG Hamm FamRZ 1986, 715, 716).

96 Auch die sonstigen Lebensbedingungen bei einem Elternteil können im Einzelfall Gewicht erlangen, etwa die Abwägung zwischen dem Aufwachsen auf einem (dem Kind vertrauten) Bauernhof oder in einer Stadtwohnung (OLG Hamm FamRZ 1989, 654, 655). Das gleiche gilt in der gemischt-nationalen Familie, insbes wenn zwischen einem deutschen und einem **ausländischen Elternteil** zu entscheiden ist. Die Begünstigung des einheimischen Elternteils, wie sie in der Gerichtspraxis (auch ausländischer Staaten) häufig zu beobachten ist, wirkt als Einladung zu Kindesentführungen (vgl Rz 228 ff) und hat mit den konkreten Kindesinteressen nichts zu tun (vgl § 1666 Rz 68; eher nationalistisch demgegenüber SCHÜTZ FamRZ 1986, 947, 948). Die ausländische Staatsangehörigkeit eines Elternteils als solche ist schlechthin unbeachtlich (vgl OLG Köln FamRZ 1982, 1232 ff). Aber auch wenn die *Umsiedlung ins Heimatland* dieses Elternteils geplant ist, entscheidet allein dessen persönliche Eignung und die Qualität der Eltern-Kind-Beziehung; weitere Gesichtspunkte können dabei sein die Staatsangehörigkeit des Kindes und seine Vertrautheit mit Sprache und Kultur im fremden Staat (vgl OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 296 ff [Entscheidung zugunsten des iranischen Vaters; allerdings hätte die deutsche Mutter das Kind sonst mit nach Spanien genommen]). Kindeswohlgefährdungen im Ausland sind nicht generell zu unterstellen (vgl aber OLG München FamRZ 1977, 749 f; § 1666 Rz 68), sondern im Einzelfall zu überprüfen (das OLG Düsseldorf prüfte und verneinte eine Gefährdung des Kindes durch die iranisch-irakischen Kriegswirren). Das Erziehungsverhalten des ausländischen Elternteils muß allerdings an denselben Grundsätzen gemessen werden wie das des deutschen Teils (Rz 88). Ähnliches gilt, wenn ein *deutscher Elternteil* mit den Kindern **ins Ausland umziehen will** oder schon umgezogen ist – nicht das „Ausland“ ist entscheidend, sondern die Lebensbedin-

gungen des Kindes nach allgemeinen Kriterien (BGH FamRZ 1990, 392 [Mutter ist mit Kindern nach Italien gezogen]; OLG Bamberg FamRZ 1988, 752 f [Mutter will nach Kanada zu ihren Eltern]). Zwar mögen damit für die Kinder anfangs Sprachprobleme verbunden sein, und sie werden nicht auch faktisch-sozial im deutschen Lebenskreis verwurzelt. Dem stehen als Vorteile aber die Vertrautheit mit einer anderen Kultur und die Zweisprachigkeit der Kinder gegenüber (BGH S 393 f).

Problematisch ist in all diesen Fällen allerdings der Umstand, daß der **Kontakt des Kindes zum nichtsorgeberechtigten Elternteil** bei Umzug ins Ausland erheblich erschwert wird, praktisch sogar oft abreißt (vgl den Sachverhalt in OLG Karlsruhe FamRZ 1978, 201). Bei deutlich besserer Eignung des ausländischen bzw auswanderungswilligen Elternteils muß das Umgangsrecht als das „schwächere Recht“ jedoch zurücktreten (BGH FamRZ 1990, 392, 393; FamRZ 1987, 356, 358), zumal nach der geplanten Entwicklung die Eltern ohnehin in verschiedenen Staaten leben werden, mit entsprechenden Umgangsproblemen des nichtsorgeberechtigten Teils. Es liegt in der Verantwortung der Eltern, den nach den Umständen noch möglichen Kontakt aufrechtzuerhalten (zur entsprechenden Änderungsproblematik s Erl zu § 1696).

Wirtschaftliche Verhältnisse: Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Eltern sind für das Kind nicht bedeutungslos (OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036), treten aber gegenüber den persönlichen Aspekten des Kindeswohls nach allgemeiner Auffassung zurück (BGH NJW 1951, 879; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 23). Wesentliches Gewicht können sie nur erlangen, wenn bei einem Elternteil die ökonomischen Mindeststandards nicht gewährleistet sind (vgl OLG Bamberg FamRZ 1985, 1175, 1178: Unterschiede oberhalb dieser Grenze unbeachtlich) oder wegen ungesicherter wirtschaftlicher Situation eines Elternteils die Instabilität seiner Lebensverhältnisse zu befürchten ist (OLG Hamm FamRZ 1988, 1313 ff; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036).

c) Bindungen des Kindes

99

aa) Grundgedanken

Der Hinweis auf die Bindungen des Kindes ist durch das SorgeRG in Abs 2 eingefügt worden. Hintergrund waren *entwicklungspsychologische und kinderpsychiatrische Erkenntnisse* über die psychischen Bedürfnisse des Kindes, insbes in nicht intakten Familien, und deren Verbreitung nicht nur in der Allgemeinheit, sondern gezielt auch im juristischen Bereich (vgl insbes die Publikationen von GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT und LEMPP im Schrifttumsverzeichnis). Dem durch Zerschneiden der Elterngemeinschaft psychisch ohnehin belasteten Kind sollen seine gewachsenen Bindungen nicht weitergehend zerstört werden, als dies den Umständen nach unvermeidbar ist (BT-Drucks 8/2788 S 33, 40, 61).

Der rechtspolitische Grund für die Beachtung der Kindesbindungen ist ein zweifacher: Zum einen geht es um den **Schutz des Kindes „in seiner Individualität als Grundrechtsträger“** (BVerfG NJW 1981, 217, 218, s oben Rz 52), um die Minimierung des Schadens für seine Beziehungswelt und damit auch Persönlichkeit, der mit der Trennung seiner Eltern verbunden ist: Humanwissenschaftler sprechen von einem „Grundrecht auf Bindung“ (LEMPP FamRZ 1984, 741, 742, 744; vgl. ELL ZfJ 1986, 289, 294). Für die staatliche Intervention gem § 1671 Abs 1 und den Kindeswohlbegriff ist dies nicht ein Kriterium unter anderen, sondern ein **sinngebendes Prinzip**, dem deutlich eigenständige Bedeutung neben dem Förderungsprinzip zukommt.

Zum zweiten besteht aber auch ein **Zusammenhang mit dem Förderungsprinzip**: Persönlichkeitsentwicklung und Erziehungserfolg im Hinblick auf die Erziehungs-

ziele der Selbstbestimmungs- und Gemeinschaftsfähigkeit (Rz 87) sind nur auf der Grundlage kontinuierlicher, liebe- und vertrauensvoller Beziehung zwischen Kindern und Eltern möglich (OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1233; LEMPP FamRZ 1984, 741, 742; ders FamRZ 1986, 530, 531; ders FamRZ 1986, 1061, 1062; Münch-Komm-HINZ Rz 40; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 37).

Hieraus wird auch eine **Verflechtung** des Bindungsaspekts **mit den anderen Hauptkriterien** des Kindeswohls deutlich: Bindungserhaltung ist das Herzstück des **Kontinuitätsgedankens** (vgl. Rz 90, 126), außerdem kann auch der **Kindeswille** als Artikulierung der kindlichen Bindungen verstanden werden (Rz 117, 118 ff).

- 101 Bezugspunkt der Bindungen** sind nach dem Gesetz „insbesondere“ die Eltern und Geschwister. Hieraus wird allgemein geschlossen, daß auch anderweitige Bindungen personaler und regionaler Art beachtlich sind. Demgemäß werden gelegentlich zwei Bindungsbereiche unterschieden, mit unterschiedlicher Bezeichnung: personale/lokale Bindung (ELL ZBlJugR 1986, 289, 291), psychische Bindung an Bezugspersonen/Beziehungs- und Umgebungskontinuität (vgl MünchKomm-HINZ Rz 38, 39) oder inner-/außerfamiliäre Beziehungswelt (vgl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 44). Solche Aufteilungen haben beschreibenden Wert, dürfen aber nicht von der Erkenntnis ablenken, daß das Kind – wie jeder Mensch – in ein (mehr oder weniger ausdifferenziertes) **komplexes Beziehungsnetz** eingebunden ist, mit stufenlosen Übergängen von der engsten persönlichen Bindung bis zur (bloßen) regionalen Vertrautheit und mit sich verlagernden Schwerpunkten im Laufe der Kindesentwicklung. Bezugspunkte kindlicher Bindung können demnach vor allem sein die Eltern, Geschwister, weitere Familienmitglieder, familienfremde Betreuungspersonen, Freunde, Kindergarten und Schule sowie die dort tätigen Erziehungspersonen, Wohnumgebung sowie Kulturkreis.

102 bb) Der sogenannte Bindungsstreit

Bedeutung und Gewicht des Bindungsaspekts sind in der humanwissenschaftlichen und juristischen Literatur seit dem SorgeRG umstritten; Hintergründe und Inhalt der streitigen Positionen sind bei der Gesetzesinterpretation zu beachten. Die Betonung der psychosozialen Bedürfnisse des Kindes insbes nach stabilen menschlichen Bezugsverhältnissen richtete sich zunächst nur gegen eine Rechtspraxis, die normal entwickelte und insbes auch kleinere Kinder für problemlos umsetzbar hielt: „Erfahrungsgemäß“ sollten die Kinder demnach die mit einem Plazierungswechsel verbundenen seelischen Erschütterungen schnell und ohne nachhaltige Beeinträchtigung überwinden (BGHZ 6, 342, 347; BayObLG FamRZ 1985, 1175 [Leitsatz zu § 1632 Abs 4]; weitere Nachw bei COESTER, Kindeswohl S 178 Fn 13; zur Kritik ebd sowie S 376, 380, 447, 455, 469 f mwN). Die sich hiergegen wendende „**Bindungstheorie**“ fußt auf psychoanalytischer Grundlage (ist aber nicht deren notwendiges Ergebnis; es gibt auch Psychoanalytiker, die eine eher systemische Sicht vertreten, vgl FIGDOR, Brühler Schriften Bd 6 [1990] S 21 ff).

Sie sieht das Kind als unfertigen Menschen gebunden an *Bezugspersonen*, deren konstante Präsenz und Zuwendung ihm die Sicherheit zur allmählichen Reifung und Ablösung verleiht. Scheiden sich die Ehegatten, gibt es für das Kind nur noch „Elternrümmen“ (LEMPP, Ehescheidung S 10). Die bisherige Beziehungsgemeinschaft ist zerfallen, die am wenigsten schädliche Alternative für das Kind in dieser Situation ist die Konstituierung einer neuen und dauerhaften *Restfamilie* mit demjenigen Elternteil, zu dem es die *stärkere Bindung* hat. Angesichts der Scheidungserschütterung stehen jetzt *Klarheit, Sicherheit und Stetigkeit* dieser Neuordnung im Vordergrund (GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT I, passim, insbes S 37 f; LEMPP, Verhandlungen des 54. DJT [1982] Teil I, S 43, 52 f; ders, Ehescheidung S 8 ff; ders FamRZ

1984, 741 ff; ders ZfJ 1984, 169 ff; ders ZfKinderuJugPsych 13 [1985] 43 ff; KALTENBORN FamRZ 1987, 990 ff; 997 ff; ders ZfJ 1989, 60, 67; ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 32 f).

Die „systemische“ oder auch „familiendynamische Sicht“ kritisiert diesen Bindungsbegriff als zu statisch und zu verengt. „Bindung“ sei keine gegebene Eigenschaft des Kindes, sie bezeichne wechselseitige, sich gegenseitig beeinflussende und kontinuierlich wandelnde Beziehungen *zwischen* Menschen. Die Familie und sonstige soziale Umwelt des Kindes werden als „System“ verstanden, als ein *Beziehungsnetz*, das sich bei Trennung und Scheidung der Eltern nicht auflöst – das Kind behält zwei Elternteile –, sondern nur einschneidende Veränderungen erfährt. Nicht Konstituierung einer Restfamilie aus den Trümmern der bisherigen umfassenden Gemeinschaft, nicht die eher retrospektive Feststellung der „Hauptbezugsperson“ am Maßstab der stärkeren Bindung des Kindes sei im Scheidungsfall sinnvolles Interventionsziel, sondern der *Versuch*, im Hinblick auf die zukünftige Entwicklung des Kindes *möglichst viel von seinem bisherigen Beziehungsgeflecht zu erhalten*, wenngleich unter Anpassung an die veränderten Lebensumstände (FTHENAKIS ArchfSozArb 1986, 174 ff; ders, in: Der Anwalt des Kindes, Evangelische Akademie Bad Boll, Protokolldienst 14/1983 S 73 ff; ders, Brühler Schriften Bd 3 [1984] S 33 ff; ders in: REMSCHMIDT [Hrsg], Kinderpsychiatrie [1984] S 55 ff; ders, Väter Bd 1 [1985] S 210 ff, Bd 2 [1985] S 55 ff; ders FamRZ 1985, 662 ff; JOPT FamRZ 1987, 875 ff; PROKSCH FamRZ 1989, 916, 918; RABAA S 27 ff und passim; COTRONEO-KRASNER Familiendynamik 4 [1979] 355 ff; *im Grundsatz* auch KOECHEL FamRZ 1986, 637, 640 f; KLENNER FamRZ 1989, 804 ff).

In dieser unter dem Stichwort „**Bindungsstreit**“ bekanntgewordenen Kontroverse **103** (dazu auch LUTHIN FamRZ 1984, 114, 115 f; LIMBACH, Gemeinsames Sorgerecht S 48 ff; dies ZfRSoz 9 [1988] 155; COESTER, Brühler Schriften Bd 4 [1986] 35, 43 ff) geht es – trotz vieler mißverständlicher Äußerungen – in Wirklichkeit nicht um die grundsätzliche Beachtlichkeit der Kindesbindungen im Rahmen des Kindeswohls. Der *Gesetzgeber* hat „Bindungen des Kindes“ nicht in einem wissenschaftlich vorgeprägten Sinne verstanden, sondern umgangssprachlich als emotionale Zuneigung, Verbundenheitsgefühl, „gute Beziehung“ (vgl BT-Drucks 8/111 S 40; RABAA S 20; KOECHEL FamRZ 1986, 637, 640 f). Insoweit sind „Bindungen“ ein der Erkenntnis auch des psychologischen Laien zugängliches und unbestreitbares Phänomen (KOECHEL 641). Weder bestreiten die „Systemiker“ die Existenz oder die Wichtigkeit solcher Bindungen (FTHENAKIS FamRZ 1985, 662, 663), noch bestreiten umgekehrt die „Bindungstheoretiker“ die grundsätzliche Berechtigung der systemischen Sicht der Familie (vgl KOECHEL FamRZ 1986, 637 ff; KLENNER FamRZ 1989, 804 ff [heute allgemeine psychologische Erkenntnis]). Die eigentliche Meinungsverschiedenheit besteht hinsichtlich des grundsätzlich angemessenen staatlichen Interventionsansatzes bei Scheidung: *Schaffung klarer Sorgerechtsverhältnisse durch Etablierung einer Restfamilie* unter (weitgehendem) Ausschluß des nichtsorgeberechtigten Elternteils (Bindungstheorie) **oder** *Reorganisation der gesamten Familie* unter weitestmöglicher Einbeziehung beider Elternteile (systemischer Ansatz).

Bindung spielt in beiden Ansätzen eine wesentliche Rolle. Unausgesprochene Prämisse der sog Bindungstheorie ist der notwendige Verlust einer vollwertigen Eltern-Kind-Beziehung für das Kind; die Betonung der „Bindung“ bei der Suche nach dem künftigen sorgeberechtigten Elternteil dient der Schadensminimierung. Die Bindungstheorie ist eine *Theorie der teilweisen Eltern-Kind-Scheidung* als notwendige Folge der Ehegattenscheidung (deshalb FTHENAKIS FamRZ 1985, 662, 669: „erwachsenenorientiert“).

Die *systemische Theorie* wendet sich gegen die begrenzte Wirkungsmöglichkeit von „Bindung“ als Auswahlkriterium zwischen zwei Elternteilen und gegen ihre thematische Verengung auf das bilaterale („dyadische“) Eltern-Kind-Verhältnis. Sie akzeptiert die Prämisse notwendigen Elternverlustes nicht und erhebt die *möglichst umfassende Beziehungserhaltung* zur Leitidee der staatlichen Wächterintervention. Sie will früher ansetzen als die Bindungstheorie, will im Vorfeld justizieller Entscheidung die Familie in ihrer eigenständigen Reorganisationsfähigkeit stützen und für die Zukunft ihre geringstmöglich beeinträchtigte Funktionsfähigkeit unter veränderten Bedingungen fördern. „Bindung“ ist in dieser Theorie kein Fremdkörper, sondern immanenter Systemgedanke iS eines nicht von vornherein beschränkten Optimierungsgebots.

- 104** Aus dieser Gegenüberstellung wird das begrenzte Konfliktfeld beider Ansätze deutlich. Die *systemische Sicht* hat ihre zentralen Wirkungsansätze *im sozialrechtlichen Bereich* (Jugend- und Familienhilfe, s § 17 KJHG; oben Rz 25, 26) und – im Rahmen des § 1671 – bei konsensgetragenen Sorgerechtsmodellen (Abs 3 S 1), insbes dem „gemeinsamen Sorgerecht nach Scheidung“ (Rz 162). Wo familiäre Reorganisation hingegen im Ergebnis ausscheidet, insbes bei heillos zerstrittenen Eltern, muß auch aus systemischer Sicht nach üblichen Sorgerechtskriterien, einschl des Aspekts der „stärksten Bindung“, justiziell zwischen den Eltern entschieden werden. Eine Restbedeutung behält diese Sicht aber auch noch bei familiengerichtlichen Entscheidungen nach Abs 2: (1) Der Begriff „Bindung“ ist, dem Gesetzeswortlaut entsprechend, nicht auf die Beziehung des Kindes zu seinen beiden Elternteilen beschränkt, sondern meint grundsätzlich das gesamte bisherige Beziehungsnetz des Kindes (deutlich insbes MünchKomm-HINZ Rz 38, 39); (2) Bindung ist kein statisches Phänomen, sondern als lebende und sich auch künftig verändernde Beziehung zu verstehen (JOPr FamRZ 1987, 875, 878, 882; FTHENAKIS ArchfSozArb 1986, 174, 181 ff; vgl RABAA S 38, 41, 145 f); (3) auf systemischer Sicht beruht das Entscheidungskriterium des „elterlichen Wohlverhaltens“ hinsichtlich der Beziehungen des Kindes zum anderen Elternteil (Rz 94); (4) schließlich steuert das Optimierungsgebot hinsichtlich der kindlichen Beziehungswelt die familienrichterliche (und sonstige professionelle) Einflußnahme auf die Eltern im Rahmen des Scheidungsverfahrens (Rz 25, 26, 133, 168).
- 105** Bindungstheorie und systemische Familiensicht sind also *keine unverträglichen Gegensätze*, sondern stimmen in der wesentlichen Zielsetzung (Kindesschutz, Bindungserhaltung) und bei streitigen Sorgerechtsentscheidungen teilweise überein. Soweit sie in Gegensatz treten, scheint der systemische Ansatz vorzugswürdig (vgl schon COESTER, Kindeswohl S 319–322; ders, Brühler Schriften Bd 4 [1986] S 35, 46–48; dem neigt offenbar auch die Bundesregierung zu, vgl Begründung zum RegE des KJHG, BT-Drucks 11/5948 S 87 f: Kindeswohlbegriff sei nicht statisch, sondern dynamisch zu verstehen). Die *optimierende Erhaltung familiärer Strukturen* ist, wie das BVerfG für eine Teilfrage entschieden hat, *verfassungsrechtliches Gebot*, wenn die Kindesinteressen in concreto gewahrt sind (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182 zur elterlichen Vereinbarung gemeinsamen Sorgerechts; im übrigen vgl Rz 25, 26). Spekulationen über die *quantitative* Bedeutung des Reorganisationsmodells und des „Trümmermodells“ liegen außerhalb der juristischen Fragestellung.

106 cc) Der Bindungsaspekt im einzelnen

Art und Gewicht der Bindung hängen zT vom **Kindesalter** ab. Beim Kleinkind bilden die innerfamiliären Bindungen, vor allem an die täglichen Betreuungspersonen im wesentlichen seine soziale Bezugswelt. Beim älteren Kind, etwa ab Einschulung, gewinnen die Außenkontakte stärker an Gewicht; insbes im pubertären

Ablösungsprozeß kann die Freundes- und Schulwelt für den Jugendlichen eine der Elternbindung nahezu vergleichbare Bedeutung erlangen (ELL ZfJ 1986, 289, 291; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 44).

Das Gewicht einer Bindungsbeeinträchtigung hängt weiterhin davon ab, wieviel dem Kind von seinem **sonstigen Beziehungsnetz** erhalten bleibt. Beim Kleinkind beschränkt sich dieses auf die Personen seiner nächsten und täglichen Umgebung; ist hier *ein* Elternteil auf Grund der bisherigen Funktionsverteilung zur „*Hauptbezugsperson*“ des Kindes geworden, neben der alle anderen Personen für das Kind nur periphere Bedeutung haben, so würde eine Umlagerung des Kindes einer psychosozialen Entwurzelung gleichkommen. Die hiermit verbundene seelische Erschütterung des Kindes kann nur durch schwerwiegende Bedenken gegen die bisherige Hauptbezugsperson aufgewogen werden (OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531; OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 39).

Besteht zu *beiden Eltern* eine tragfähige psychosoziale Eltern-Kind-Beziehung, ist das Gewicht des Bindungsaspekts im Verhältnis der Eltern zueinander wesentlich vermindert. Eine völlige Deprivation des Kindes ist jedenfalls nicht zu befürchten, eine teilweise Deprivation im Grundsatz unvermeidlich, in den Folgen über § 1634 möglichst gering zu halten. Für die Auswahl zwischen den Eltern kommt nur noch ein etwaiger *Bindungsvorsprung* eines Teils als Kriterium in Betracht. Hier gerät das FamG jedoch auf ungesicherten Boden, sofern nicht **erhebliche Bindungsunterschiede** bestehen, die auch dem psychologischen Laien erkennbar sind (vgl KOEHEL FamRZ 1986, 637, 641: Die umgangssprachlich zu verstehende „Bindung“ ist ein der Allgemeinerkenntnis zugängliches Phänomen, die beteiligten Professionellen [Familienrichter, Jugendamt, Arzt, Sachverständiger] unterscheiden sich in der Erkenntnisfähigkeit nur graduell; vgl insoweit auch die Überlegungen in OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 296 f). Bei **geringeren Bindungsunterschieden** wird einzuberechnen sein, daß und ggf mit welchen *Beziehungsveränderungen* nach der Scheidung zu rechnen sein wird (etwa: Die liebevoll-nachsichtige Mutter müßte als Sorgeberechtigte auch die bisher dem Vater überlassenen Disziplinierungsfunktionen übernehmen, während der Vater zum „Sonntags-Elternteil“ wird; vgl LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 609; COESTER, Kindeswohl S. 336 f). Vor allem aber ist *zweifelhaft*, ob solche Bindungsunterschiede *überhaupt noch hinreichend verläßlich festgestellt* werden können. Die relative Quantifizierbarkeit von „Bindung“, etwa durch psychologische Tests, wird von humanwissenschaftlicher Seite überwiegend verneint (ARNTZEN, Elterliche Sorge [1980] S 3; FTHENAKIS FamRZ 1985, 662, 665; ders, Brühler Schriften Bd 3 [1984] S 33, 39; JOPT FamRZ 1987, 875, 879; ELL, Trennung S 86 ff; ders ZBlJugR 1982, 76 ff; LEMPP FamRZ 1984, 741, 742; ders FamRZ 1986, 530, 531; vgl auch OLG Frankfurt DAVorm 1979, 130, 132; KG FamRZ 1983, 1159, 1160 f; kein Problem sieht offenbar KALTENBORN FamRZ 1987, 990, 999; zu Konsequenzen hinsichtlich der Einholung von Sachverständigengutachten s Rz 210). Sie kann auch nicht mit Hilfe eines Vergleichs der Betreuungszeiten erfolgen, die jeder Elternteil für das Kind einsetzen konnte, denn Bindung ist eher ein qualitativer Begriff, kein bloßes inneres Spiegelbild aufgewendeter Betreuungszeit (ARNTZEN S 13 f; ELL ZBlJugR 1982, 76, 78 f; ZfJ 1986, 289, 294; FTHENAKIS Brühler Schriften Bd 3 [1984] S 33, 50; JOPT FamRZ 1987, 875, 876). Angesichts dieser Ermittlungsprobleme und des ohnehin stark reduzierten Gewichts eines nur geringen Bindungsvorsprungs als Zuteilungskriterium sollten die FamGe, statt einen Sachverständigen zu zeit- und kostenaufwendigen Spekulationen zu veranlassen, von einer „*gleich starken Bindung*“ zu beiden Elternteilen ausgehen (vgl OLG Hamm FamRZ 1985, 637, 638) und nach anderweitigen Kriterien Ausschau halten (vgl SOERGEL-STRÄTZ Rz 28; SCHWAB, Handbuch Rz III 1569).

- 109 Insoweit können auch für das kleinere Kind **andere Beziehungen** wichtig sein, etwa zur Großmutter, die bislang (und häufig verstärkt seit der Elterntrennung) die Betreuung überwiegend übernommen hat. Hier kann es angezeigt sein, das Kind demjenigen Elternteil zuzuweisen, bei dem dem Kind der Großmutterkontakt erhalten bleibt – letzterer kann bei sonst gleichen Verhältnissen den Ausschlag geben (OLG Frankfurt FamRZ 1990, 550) oder eine (unterstellt) schwächere Kindesbindung zu dem sorgeberechtigten Elternteil selbst aufwiegen (s Rz 92). Ausnahmsweise können auch in jüngerem Alter schon die *Umweltbedingungen* eine Rolle spielen (OLG Hamm FamRZ 1989, 654, 655: Bindung des Kindes an väterlichen Bauernhof und ländliche Umgebung). Wäre die Übersiedlung zu einem Elternteil mit einer erheblichen Veränderung der äußeren Lebensverhältnisse verbunden, tritt (bei beiderseitiger Kindesbindung) der Gesichtspunkt der Umweltkontinuität in den Vordergrund (Rz 128; vgl § 1666 Rz 97). Umgekehrt verliert der Bindungsaspekt an Gewicht, je vertrauter das Kind auch mit dem anderen Elternteil und den bei ihm bestehenden Lebensverhältnissen ist (OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 293, 295). Auch das Ausmaß, in dem eine (möglicherweise überwiegende) Bindung auf umgangsrechtlicher Ebene aufrechterhalten werden kann, ist zu berücksichtigen (ARNTZEN S 18 f; ELL ZfJ 1986, 289, 291 f; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 39; KNÖPFEL FamRZ 1983, 317, 320).
- 110 Die zentralen Kindeswohlkriterien **Kindesbindung und elterliche Erziehungseignung (Förderungsprinzip)** beeinflussen sich wechselseitig (vgl MünchKomm-HINZ Rz 40: „abgestufte Komplementärfunktion“). Im Interesse des Kindes können seine persönlichen Bindungen nicht geschützt werden, wenn der Einfluß des betreffenden Elternteils für das Kind auf Dauer negativ ist. Demgemäß kommt trotz starker Bindung eine Zuweisung an einen *völlig erziehungsungeeigneten Elternteil* nicht in Betracht (BGH NJW 1985, 1702, 1703; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 39; MünchKomm-HINZ Rz 40). Auch die Persönlichkeitsentwicklung behindernde, übersteigerte (symbiotische) Bindungen sprechen eher gegen eine Zuteilung (vgl OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1233 [„Kind als Partnerersatz“, in concreto nicht vorliegend]; vgl § 1666 Rz 88). Bei nur *geringerer Erziehungseignung* eines Elternteils kann hingegen eine wirklich stärkere Bindung an ihn doch den Ausschlag zu seinen Gunsten geben (BGH aaO). Eignungsunterschied und Bindungsunterschied sind dabei in ein proportionales Verhältnis zu setzen (MünchKomm-HINZ Rz 40). Bei beiderseitig guten Eltern-Kind-Beziehungen, aber deutlich besserer Erziehungseignung eines Teils setzt sich letzterer durch, ohne daß es auf die (spekulative, Rz 108) Frage ankommt, ob zum weniger geeigneten Teil möglicherweise eine etwas stärkere Bindung besteht.
- 111 Problematisch ist die Bewertung „*illoyaler Bindung*“, dh eines Eltern-Kind-Verhältnisses, dessen Begründung oder wesentliche Verfestigung auf pflichtwidrigem Verhalten des Elternteils beruht, insbes auf *Beeinflussung* des Kindes gegen den anderen Elternteil oder im Gefolge einer *Kindesenführung*. Bei kindzentrierter Sicht scheiden sowohl staatliches Sanktionsinteresse als auch der Gerechtigkeitsanspruch des anderen Elternteils als legitime Entscheidungskriterien im Rahmen des § 1671 Abs 2 aus (oben Rz 6 bzw 55). Die von seiten des Elternteils illoyal begründete Bindung ist in der Person des Kindes ein *Faktum*, das im Kindesinteresse nicht ignoriert werden darf (BGH NJW 1985, 1702, 1703 zur pflichtwidrigen Beeinflussung). Die Pflichtwidrigkeit des Elternteils bleibt als negativer Gesichtspunkt bei Festlegung seiner Erziehungseignung verwertbar (vgl Rz 94). Das Faktum starker Eltern-Kind-Bindung kann diese Eignungsminderung jedoch – entsprechend vorstehenden Grundsätzen (Rz 110) – überspielen. Beruht die Bindung aber nicht nur in ihrer Entstehung auf pflichtwidriger Abgrenzung gegenüber dem anderen Elternteil, sondern ist sie substantiell als kindesschädlich einzustufen (symbiotische Ein-

bindung des Kindes, isolierende soziale Abschottung, „Haßgemeinschaft“), so muß sie im wohlverstandenen Kindesinteresse (Förderungsprinzip) durch Sorgezuweisung an den besser erziehungsgereinigten Elternteil abgebaut werden (s Rz 110; im Fall des BGH aaO gab die Erziehung durch die haßerfüllte Mutter jedoch „ansonsten ... zu Beanstandungen keinen Anlaß“). Dabei schuldet der Staat dem Kind auch Hilfe, uU verbunden mit heilsamem Zwang, bei der Überwindung einer verhärteten Einstellung gegenüber dem sorgeberechtigten Elternteil (auch hier besteht eine aus Art 6 Abs 2 GG folgende sozialrechtliche Handlungspflicht des Staates [vgl Rz 25], wie sie für den allgemeinen Kinderschutz in § 1666 a iVm mit dem KJHG einfachgesetzlich ausgeführt ist, vgl § 1666 a Rz 12 f).

dd) Insbesondere: Geschwisterbindung

112

Das Gesetz hebt neben der Elternbindung auch die an die Geschwister besonders hervor. Dahinter steht die tradierte Überzeugung, daß es dem Kindeswohl regelmäßig förderlich sei, mit seinen Geschwistern gemeinsam aufzuwachsen (BT-Drucks 8/2788 S 62; BGH NJW 1985, 1702, 1703; BayObLG FamRZ 1985, 522, 523; FamRZ 1976, 38, 40; FamRZ 1976, 534, 535; KG FamRZ 1968, 264, 266; OLG Hamm FamRZ 1985, 1078 [LS]; FamRZ 1968, 533, 534; OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312; OLG Oldenburg NdsRpfl 1977, 24, 26; GERNHUBER § 56 V 2; TREITZ S 66; KLUSSMANN, Das Kind S 39; DIECKMANN AcP 178 [1978] 320). Anders als in § 81 Abs 2 EheG 1938 hat der Gesetzgeber jedoch davon abgesehen, die Geschwistergemeinschaft zum Regelfall zu erheben – man wollte die Abwägung im Einzelfall offenhalten (BT-Drucks 8/2788 S 62, gegen Bedenken der Ausschlußminderheit).

Dem Geschwistergrundsatz liegen zwei verschiedene rechtspolitische Aspekte zugrunde: Zum einen die *Erhaltung gewachsener Bindungen*, zum anderen die *Förderung des Sozialisations- und Erziehungsprozesses* durch gemeinsames Aufwachsen (vgl. NAVE-HERZ FuR 1990, 29 ff, 33 f mwN zur sozialwissenschaftlichen Lit). Der zweite Aspekt setzt eine schon vorhandene Geschwisterbindung nicht voraus, er gehört zu den Erwägungen im Rahmen des Förderungsprinzips (Rz 95). Insoweit ist die Behauptung unzutreffend, Geschwistergemeinschaft spiele nur bei bestehender gegenseitiger Bindung eine Rolle (so aber MünchKomm-HINZ Rz 41).

Die **Beachtlichkeit der Geschwisterbindung** ergibt sich zwanglos aus der Erkenntnis, **113** daß Geschwister zum psychosozialen Beziehungsnetz der Kinder gehören – dort sogar oft eine zentrale Bedeutung haben –, und daß die Erhaltung der Geschwisterbeziehung ein wesentliches Anliegen sein muß bei dem Bemühen, dem durch das Ausscheiden eines Elternteils ohnehin belasteten Kind seine emotionale Beziehungswelt im übrigen soweit wie möglich zu erhalten (vgl Rz 101; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 41; WENDL-KAMPMANN-WENDL S 258). Dieser allgemeine Aspekt wird unterstrichen durch die Überlegung, daß um das Sorgerecht streitende Eltern ihre Kinder in Loyalitätskonflikte und Verunsicherung stürzen, was wiederum dazu führen kann, daß diese verstärkt aneinander Halt suchen (AG Stuttgart FamRZ 1981, 597, 598: „Notwehrreaktion“).

Daß der Geschwistergrundsatz nur bei Geschwistern mit geringem **Altersunterschied** gälte (vgl OLG Stuttgart FamRZ 1976, 282, 283; MünchKomm-HINZ Rz 41), ist humanwissenschaftlich nicht belegt und widerspricht allgemeiner familiärer Erfahrung (vgl OLG Hamm FamRZ 1979, 853, 855: wichtige Bindung trotz Altersunterschiedes von 6 Jahren). Geschwisterbindung ist ein psychosoziales Phänomen, das auf tatsächlichem gemeinsamen Aufwachsen beruht – unmaßgeblich sind demgemäß die **rechtlichen und biologischen Beziehungen** zwischen den Kindern. „Psychosoziale Geschwister“ iS der Bindungsklausel des Abs 2 sind deshalb auch *Halb- und Stiefgeschwister* (BayObLG FamRZ 1976, 38, 40; FamRZ 1976, 534, 535; KG

FamRZ 1968, 264, 266; OLG Hamm FamRZ 1968, 533, 534; FamRZ 1979, 853, 855; OLG Stuttgart FamRZ 1976, 34, 36; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 41; anders KG FamRZ 1959, 253, 254 [mit offensichtlich mißbräuchlicher Distinktion, vgl COESTER, Kindeswohl S 468]).

Das **elterliche Gleichberechtigungsinteresse**, soweit es auf Aufteilung der Geschwister gerichtet ist, kann gegenüber dem Kindesinteresse an Bindungserhaltung keine eigenständige Bedeutung gewinnen (Rz 57; zu entsprechenden Elternvereinbarungen Rz 151).

- 114** Bindungsinteressen im familiären Beziehungsnetz können miteinander in Konflikt geraten. So mag jedes Kind, trotz Bindung der Geschwister untereinander, zu verschiedenen Elternteilen tendieren. Insoweit gilt der Grundsatz, daß das Gewicht der Geschwisterbindung **für jedes Kind**, über dessen Sorgerechtsverhältnisse zu entscheiden ist, **gesondert** und individualbezogen festzustellen und abzuwägen ist (OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312; OLG Köln FamRZ 1976, 32, 34; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 41; MünchKomm-HINZ Rz 41). Erweist es sich in der Gesamtabwägung für Kind 1 geboten, es dem Elternteil zuzuweisen, bei dem Kind 2 nicht lebt oder leben kann, so muß im Interesse der durch das Kindeswohlprinzip geforderten Individualgerechtigkeit (Rz 66) außer acht bleiben, daß Kind 2 auf Kind 1 mehr angewiesen ist als umgekehrt – andernfalls würde Kind 1 zum Objekt der Befriedigung von Geschwisterinteressen (OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312; vgl Rz 54). Andererseits ist zu prüfen, ob nicht die gegenseitige Geschwisterbindung einen gewissen Bindungsrückstand hinsichtlich des Elternteils, der das andere Kind hat, auszugleichen vermag (OLG Hamm FamRZ 1979, 853, 855; entsprechende Abwägung fehlt bei OLG Karlsruhe aaO. Von einer grundsätzlichen Vorrangigkeit der Elternbindung vor der Geschwisterbindung (vgl ARNTZEN, Elterliche Sorge [1980] S 21; ELL ZBIJugR 1980, 319, 324; LEMPP, Ehescheidung S 32 f; WENDL-KAMPMANN-WENDL S 258) sollte dabei nicht ausgegangen werden; hiergegen spricht die Fragwürdigkeit des Kriteriums „überwiegende Bindung“ bei beiderseitig vorhandener psychosozialer Elternbeziehung (Rz 108) und die Erkenntnis von der ständigen Veränderung des familiären Beziehungsgefüges (Rz 104; ähnl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 42).

Unproblematisch ist hingegen die *ausschlaggebende Bedeutung der Geschwisterbindung*, wenn Kind 1 hinsichtlich der Eltern ambivalent ist, es aber auf jeden Fall mit Kind 2 zusammenleben möchte – mangels sonst gewichtiger Gesichtspunkte folgt die Sorgezuweisung für Kind 1 dann akzessorisch der für Kind 2 (AG Stuttgart FamRZ 1981, 597, 598: „anhängen an die ältere Schwester“).

Wie grundsätzlich, hängt auch hier die Entscheidung letztlich von den individuellen Umständen des Falles ab. Eine **Geschwistertrennung** wird in Einzelfällen unvermeidlich sein, insbes wenn die Kinder selbst ihre Präferenz für verschiedene Elternteile auch unter Inkaufnahme der Trennung aufrechterhalten (vgl OLG Karlsruhe FamRZ 1968, 266, 267; FamRZ 1966, 315, 316 f; OLG Köln FamRZ 1976, 32, 34; WENDL-KAMPMANN-WENDL S 258).

115 d) Kindeswille

aa) Grundsätze

Der Kindeswille ist seit langem als **zentrales Entscheidungskriterium** anerkannt (auslösend für die Diskussion war vor allem ein Vorstoß von LEMPP NJW 1963, 1659 ff; ders NJW 1964, 440 [gegen SCHWOERER NJW 1964, 5 ff]). Das materielle Recht erwähnt den Kindeswillen nur für eine eng begrenzte Teilfrage (Abs 3 S 2); umfassend wird hingegen auf verfahrensrechtlicher Ebene die Anhörung des Kindes

angeordnet (§ 50 b Abs 1, 2 FGG; s Rz 208). Die Gesetzesgeschichte gibt Aufschluß über diese Diskrepanz wie auch über die zutreffende Gesetzesauslegung. Den Entwürfen zum SorgeRG war die Stärkung der Kindesposition und der kindlichen Selbstentscheidung ein wesentliches Anliegen (BT-Drucks 8/2788 S 33, 40 f). Ursprünglich sollte der ausdrückliche Kindeswille eine ähnlich begrenzte Bindungswirkung für das FamG entfalten wie ein übereinstimmender Elternvorschlag (jeweils zu § 1671 Abs 3: BT-Drucks 7/650; 7/2060; 8/111), sofern das Kind 14 Jahre oder in natürlichem Sinne urteilsfähig war. Hiervon ist der Gesetzgeber schließlich abgerückt. Grund hierfür war jedoch nicht eine materielle Rückstufung des Gewichts des Kindeswillens, sondern Bedenken gegen eine formalisierte Entscheidungskompetenz des Kindes: Man fürchtete eine übermäßige Belastung des Kindes (dazu auch BVerfG NJW 1981, 217, 219; ARNTZEN, Elterliche Sorge S 65 f), massive Beeinflussungsversuche seitens der Eltern und außerdem Rechtsunsicherheit hinsichtlich der „Urteilsfähigkeit“ des Kindes unter 14 Jahren (BT-Drucks 8/2788 S 40, 61 f). Über § 50 b FGG wird das FamG jedoch gezwungen, das Kind in seiner Individualität einschl seiner Wünsche zur Kenntnis zu nehmen. Diese Pflicht impliziert die (in § 1671 unausgesprochene) **umfassende materiellrechtliche Beachtlichkeit des Kindeswillens** (BT-Drucks 8/2788 S 73; vgl BGH NJW 1985, 1702, 1703). Dabei bleiben seine Gewichtung und sein Stellenwert in der Gesamtabwägung dem gesetzlich nicht eingeschränkten, pflichtgemäßen Ermessen des FamG überlassen. Das Konzept des Gesetzes lautet also: Beachtlichkeit des Kindeswillens als wesentliches Entscheidungskriterium, aber weitestmögliche Schonung und Schutz des Kindes bei Ermittlung und Berücksichtigung seiner Haltung.

Der Kindeswille als Ausdruck des „subjektiven Kindesinteresses“ bleibt **Gesichtspunkt im Rahmen des übergeordneten Entscheidungsmaßstabs Kindeswohl**, dh des „wohlverstandenen Kindesinteresses“. Demgemäß muß stets die Verträglichkeit der vom Kind gewünschten Lösung mit seinem „Wohl“ geprüft werden (innerhalb dessen allerdings der Kindeswille zu beachten ist, BVerfG NJW 1981, 217, 218; BGH NJW 1985, 1702, 1703; OLG Hamm FamRZ 1988, 1313, 1314; LUTHIN FamRZ 1984, 116). Ist das Kindeswohl bei beiden Eltern gefährdet, muß sein Wille zugunsten eines Elternteils unbeachtlich bleiben und gem Abs 5 S 1 entschieden werden (OLG München FamRZ 1984, 407). Im übrigen kann das **Gewicht des Kindeswillens** im Einzelfall sehr verschieden sein: Der schwankende, unentschlossene Wille hat weniger entscheidungsleitende Bedeutung (OLG Bamberg FamRZ 1988, 750, 751) als der nachdrückliche und beständige Kindeswille (OLG Hamm FamRZ 1989, 654, 655). Hat das Kind eine tragfähige Bindung zu jedem Elternteil und zeigt es sich nur von den „Sonntagsbedingungen“ beim bisherigen Besuchs-Elternteil beeindruckt, die dieser als Sorgeberechtigter nicht durchhalten könnte, so kann der Kindeswille ebenfalls weniger beachtlich sein (OLG Bamberg aaO; OLG Hamm FamRZ 1988, 1313, 1314). Umgekehrt kann dem Kindeswillen ausschlaggebende Bedeutung zukommen, wenn die Verhältnisse bei beiden Elternteilen im Lichte des Kindeswohls als annähernd gleichwertig erscheinen (OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1193; OLG Hamm FamRZ 1986, 715, 716; AG Stuttgart FamRZ 1981, 597, 598; ERMAN-MICHALSKI Rz 21; LEMPP FamRZ 1986, 530 f).

Im übrigen sind **zwei Funktionen des Kindeswillens** im Rahmen der Entscheidungsfindung deutlich zu unterscheiden: Zum einen ist der Kindeswille **Ausdruck seiner inneren Verbundenheit** mit dem gewünschten Elternteil, also Indiz für seine innere Bindung (BGH FamRZ 1990, 392, 393); daneben kann der Kindeswille aber auch **Akt der Selbstbestimmung** eines hierzu in natürlichem Sinne fähigen Kindes sein (ausf COESTER, Kindeswohl S 257 ff; dem folgend OLG Hamm FamRZ 1988, 1313, 1314; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 47; RABAA S 31; SCHWENZER, Status S 112; SCHWAB, Handbuch Rz III 167). Diese Unterscheidung klingt auch an, wenn von

den „Neigungen“ oder „Wünschen“ des Kindes einerseits, seinem „Willen“ andererseits die Rede ist (BGH NJW 1985, 1702, 1703; MünchKomm-Hinz Rz 44, 45).

Die Beachtlichkeit des Kindeswillens in der ersten Funktion folgt unmittelbar aus der Bindungsklausel des Abs 2 (dazu Rz 99 ff; DÖRR NJW 1989, 690, 691), sachliches Entscheidungskriterium bleibt hier allein die „Bindung“ als Teilaspekt des Kindeswohls, für die der Kindeswille als wesentliches Erkenntnismittel fungiert. Die Beachtlichkeit als Akt der Selbstbestimmung des reiferen Kindes folgt aus seiner „Betroffenheit als Grundrechtsträger“ (BGH NJW 1985, 1702, 1703, im Anschluß an BVerfGE 37, 217, 252; FamRZ 1981, 124, 126 = NJW 1981, 217, 218; vgl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 47), sie bezieht sich auf die Sorgerechtsfrage insgesamt. Die Unterscheidung dieser beiden Funktionen hat nicht nur dogmatischen, sondern auch heuristischen Wert, erst sie erlaubt befriedigende Antworten auf umstrittene Einzelfragen (erforderliches Kindesalter, Begründetheit des Kindeswillens, elterliche Beeinflussung). Dennoch steht hinter der Berücksichtigung des Kindeswillens insgesamt ein **übergreifender Leitgedanke: Die Achtung der Persönlichkeit des Kindes**. Diese bezieht sich einerseits auf die weitestmögliche **Integrität der seelisch-emotionalen Beziehungswelt des Kindes** (Bindungsaspekt), andererseits auf die **Integrität der bewußten Eigenentscheidung** des selbstbestimmungsfähigen Kindes (Autonomieaspekt).

118 bb) Der Kindeswille als Bindungsindiz

Über seine emotionale Bindungen kann am ehesten ein Mensch *selbst* Auskunft geben – dies gilt im Grundsatz auch für das Kind (vgl KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1193; OLG Hamm FamRZ 1986, 715, 716; OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2202; OLG Stuttgart NJW 1988, 2620; LEMPP FamRZ 1986, 530, 531; ders FamRZ 1984, 741, 744; KALTENBORN FamRZ 1987, 990 ff, 998 f). Allerdings mag gerade bei Kindern in der Scheidungssituation zweifelhaft sein, ob ihre geäußerte Tendenz als wirklichkeitsgetreue Wiedergabe ihrer seelisch-emotionalen Bindung genommen werden kann (Nachw psychologisch/psychiatrischer Lit bei COESTER, Kindeswohl S 262 Fn 461). Loyalitätskonflikte, Verdrängungsmechanismen oder elterliche Manipulation können dazu führen, daß der Kindeswille als Bindungsindiz versagt – er ist *unrichtig* insoweit, als er die wirkliche Bindung des Kindes nicht bezeichnet. Neben dem Kindeswillen können insoweit andere Indizien (bisherige Betreuungssituation, Verhaltensbeobachtung, Sachverständigenexploration) bestätigende oder korrigierende Wirkung entfalten. Eine Unterscheidung von (weniger beachtlichen) Präferenzen des Kindes und (beachtlicher) Ablehnung ist verfehlt (so aber KG FamRZ 1978, 829, 830; MünchKomm-Hinz Rz 45; SCHWAB, Handbuch Rz III 169; vgl FEHMEL FamRZ 1986, 531, 532; wie im Text LEMPP FamRZ 1986, 530 f). Eine kindliche Präferenz ist der natürliche Ausdruck von Bindung; Ablehnung eines Elternteils indiziert aber psychische Konflikte und die Notwendigkeit, einen psychologischen Sachverständigen beizuziehen.

119 In dieser Funktion kann es **keine absolute untere Altersgrenze** für die grundsätzliche Beachtlichkeit des Kindeswillens geben. Kriterien wie „Reife“ oder „Urteilsfähigkeit“, die gelegentlich in der Rechtsprechung genannt werden (BayObLG FamRZ 1982, 958; FamRZ 1980, 1064; FamRZ 1976, 38, 40; OLG Köln FamRZ 1972, 264; OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2202; LG Berlin FamRZ 1969, 219), sind unpassend, da es allein darauf ankommt, ab wann bei einem Kind *Mittlungsfähigkeit* bezüglich seiner emotionalen Bindung erwartet werden kann. Hierbei genügen Artikulationsmöglichkeiten, die für einen in der Kommunikation mit Kindern erfahrenen Erwachsenen verständlich sind – ggf ist hierfür ein Sachverständiger

beizuziehen. Verbale und indirekte Ausdrucksformen stehen gleichwertig nebeneinander und ergänzen sich, vor allem beim kleineren Kind (MünchKomm-HINZ Rz 45). Überwiegend wird es in der Rechtsprechung insoweit für sinnvoll und (gem § 50 b Abs 2 FGG) geboten erachtet, **jedenfalls ab dem 3. Lebensjahr** die betroffenen Kinder anzuhören (BayObLG FamRZ 1983, 948; KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Köln FamRZ 1980, 1153, 1154; OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2202; OLG Hamm FamRZ 1986, 715, 716; vgl BGH FamRZ 1990, 392, 393 [„kleinere Kinder unter 10 Jahren“]; FEHMEL ZBlJugR 1982, 654, 656 f; LUTHIN FamRZ 1981, 111, 113; ders FamRZ 1981, 1149).

Für den Kindeswillen als Bindungsindiz ist es auch **unmaßgeblich**, ob das Kind für **120** seine Präferenz „**beachtliche Gründe**“ vorbringt (so aber – ohne Unterscheidung der Funktionen des Kindeswillens – verbreitet die Rechtsprechung, zB BayObLG FamRZ 1977, 650, 652; OLG Köln FamRZ 1972, 650, 652). Gefühlsmäßige Bindung kann und braucht nicht rational erfaßt und begründet zu werden, sie ist ein inneres Faktum (vgl FROMMANN S 8; LEMPP NJW 1963, 1659, 1660; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 48).

Bei **Beeinflussung des Kindes** durch einen Elternteil neigt die Rechtsprechung **121** überwiegend dazu, den Kindeswunsch nicht als Ausdruck seiner wirklichen Bindung anzusehen und deshalb zu ignorieren (BayObLG Z 1951, 330, 335; FamRZ 1975, 169, 171 f; FamRZ 1977, 650, 653; OLG Karlsruhe FamRZ 1968, 170; OLG Köln FamRZ 1972, 144, 145; FamRZ 1972, 574, 576). Insofern muß jedoch differenziert werden: Zunächst ist *jede* Erziehung und Zuwendung „Beeinflussung“ (ELL ZBlJugR 1980, 319, 323 f; LEMPP NJW 1964, 440; ders, Ehescheidung S 8, 13, 27), disqualifizierend kann deshalb nur die illegitime, etwa eigensüchtige und aufhetzende Einflußnahme wirken. Zweitens kann auch derartige Beeinflussung zu wirklicher psychischer Prägung des Kindes führen, die – soll das Kind ernstgenommen werden – als Tatsache hingenommen werden muß (Rz 111). Davon zu unterscheiden sind einstudierte Erklärungen oder ein „rationalisierter Überbau“ beim Kind, die seine eigentliche seelisch-emotionale Haltung eher verdecken – sie sind nicht „Kindeswille“ in materiellem Sinn und deshalb unbeachtlich (vgl OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1193 [in concreto keine Verfälschung]; diese Feststellung sollte idR mit Hilfe eines psychologischen Sachverständigen getroffen werden, vgl FROMMANN S 110 ff; HAFTER S 48).

Unter Umständen muß insoweit auch noch weiter differenziert werden: Die Beeinflussung gegen den anderen Elternteil führt regelmäßig auch zu einem engen emotionalen Zusammenrücken der Kinder mit dem beeinflussenden Obhuts-Elternteil. Es ist dann denkbar, daß die Ablehnung des anderen Elternteils durch die Kinder eine aufgesetzte, „unechte“ Haltung ist (OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2202), während die Bindung an den beeinflussenden Elternteil durchaus „echt“ und als psychische Tatsache zu berücksichtigen ist (BGH NJW 1985, 1702, 1703).

Soweit in letzterem Sinne erklärter Wille und innere, verfestigte Einstellung des Kindes übereinstimmen (möglicherweise auch in ihrer negativen, ablehnenden Komponente), so sanktioniert man mit der Ignorierung dieses Willens nicht nur Elternverhalten auf Kosten des Kindes, sondern riskiert kindeswohlgefährliche, im Ergebnis oft doch erfolglose Durchsetzungsversuche (vgl BayObLG FamRZ 1974, 150 ff, 326 ff und 534 f [3 Entscheidungen im selben Fall]). Wird dieses Risiko in eine kindzentrierte Abwägung eingebracht, bleibt oft nichts anderes übrig, als auch beim beeinflussten Kindeswillen nachzugeben (BGH NJW 1985, 1702, 1703 ff; OLG Hamm FamRZ 1967, 296, 298; LG Ravensburg StAZ 1975, 317).

122 cc) Der Kindeswille als Selbstbestimmung

Ist ein Kind in natürlichem Sinne urteils- und entscheidungsfähig, so bedeutet sein erklärter Wille im Streit seiner Eltern für das Gericht eine *Restform familienautonom* (und damit grundsätzlich vorrangiger) *Konfliktlösung*. Dennoch ersetzt die Eigenentscheidung des Jugendlichen nicht die dem Kindeswohl verpflichtete Entscheidung des FamG, auch insoweit bleibt der Kindeswille ein der Letztverantwortung des Richters unterstelltes Kriterium: „Der freie, nicht manipulierte Wille eines genügend einsichtsfähigen Minderjährigen . . . ist als Ausdruck seiner Selbstbestimmung zugleich maßgebliches Anzeichen für rechtverstandenes Kindeswohl . . .“ (BayObLG FamRZ 1977, 650, 653). Je reifer das Kind und je ausgeprägter sein Wille ist, um so mehr verlagern sich die materiellen Kompetenzen: Die richterliche Kindeswohlscheidung wird tendenziell zum Korrektiv der Eigenentscheidung des Heranwachsenden.

- 123** Das für eine Beachtlichkeit des Kindeswillens in dieser Funktion erforderliche **Kindesalter** ist umstritten. Auch hier ist die allgemeine Erkenntnis zu beachten, daß Reife und Selbstbestimmungsfähigkeit nicht von einem Tag auf den anderen eintreten, sondern kontinuierlich von frühester Jugend an wachsen (vgl § 1626 Abs 2). Einen merklichen Durchbruch zu rationaler und verständiger Weltsicht sehen die Humanwissenschaftler etwa ab Einschulungsalter (Nachw bei COESTER, Kindeswohl S 279; etwas abweichend ELL ZBJugR 1986, 289, 294: nach der Grundschulzeit). In der Rechtsprechung werden Altersgrenzen zwischen 10 und 16 Jahren genannt (10 Jahre: OLG Karlsruhe FamRZ 1968, 170; OLG Köln FamRZ 1972, 144, 145 f; FamRZ 1972, 262, 264; FamRZ 1972, 574, 576; FamRZ 1976, 32, 34; FamRZ 1980, 829, 830; OLG Oldenburg NdsRpfl 1977, 24, 25; MünchKomm-HINZ Rz 44; 16 Jahre: OLG Düsseldorf FamRZ 1979, 631, 632; vgl DIECKMANN AcP 178 [1978] 298, 314). Dabei wird nicht immer deutlich, ob diese Grenzen den *Regelfall* kindlicher Selbstbestimmungsfähigkeit bezeichnen sollen (vorbehaltlich im Einzelfall zu belegenden Ausnahmen) oder das *Mindestalter*, unterhalb dessen Selbstbestimmungsfähigkeit grundsätzlich nicht zu erwarten sei. In Anlehnung an die **14-Jahresgrenze** in §§ 1671 Abs 3 S 2 und 50 b Abs 1 FGG (sowie mangels besserer Maßstäbe) kann dieses Alter als **Durchschnittstypus** für die in § 1671 Abs 2 erforderliche Reife und Urteilsfähigkeit gelten – eine andere Beurteilung im Einzelfall ist vom FamG konkret zu begründen (so im Ergebnis BayObLG FamRZ 1977, 650, 652; GERNHUBER § 56 IV 2; LEMPP FamRZ 1986, 1061, 1063; aA JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 49 [15 Jahre]).

Der **Wille jüngerer Kinder** kann als Akt der Selbstbestimmung berücksichtigt werden, wenn sie im Einzelfall die erforderliche Urteilsfähigkeit und Reife für eine selbstverantwortliche Entscheidung besitzen. Es erscheint nicht sinnvoll, insoweit eine Mindestaltersgrenze zu nennen (wie es zT ausdrücklich die vorerwähnten Befürworter der 10-Jahresgrenze tun, sowie JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 49). Für eine solche Ausschlußgrenze fehlt es an einer wissenschaftlich abgesicherten Grundlage; die Flexibilität des FamG in der Gewichtung des Kindeswillens macht strikte tatbestandliche Eingrenzungen überflüssig (die **Anhörung** des jüngeren Kindes ist ohnehin geboten, Rz 119).

- 124 Beachtliche Gründe**, die das Kind für seine Entscheidung anführt, können als Indiz für seine ausreichende Selbstbestimmungsfähigkeit gelten. *Voraussetzung* für die Anerkennung seiner Eigenentscheidung sind sie jedoch **nicht**. Auch der zur Selbstbestimmungsfähigkeit herangereifte Jugendliche kann Anlaß haben, seine Entscheidungsgründe zu verschweigen, insbes um den nichtbegünstigten Elternteil zu schonen und die künftige Beziehung zu ihm nicht zu belasten (AG Stuttgart FamRZ 1981, 597, 598). Darüber hinaus muß das volitive Element, das in persönlichen

Entscheidungen jedes Menschen steckt, auch dem Jugendlichen zugestanden werden. Bei annähernd gleichwertigen Verhältnissen auf beiden Elternseiten bietet der (rational kaum begründbare) Kindeswille zugunsten eines Elternteils sogar die sicherste Grundlage für eine rationale Gerichtsentscheidung (vgl. Rz 116). Insbes. kann der Eigenentscheidung des Jugendlichen nicht entgegengehalten werden, daß er auch den anderen Elternteil mag und mit ihm zusammenleben könnte (so aber KG FamRZ 1964, 641, 643; LG Berlin FamRZ 1969, 219).

Beruht der Wille auch des älteren Kindes auf illegitimer **elterlicher Beeinflussung**, so scheidet seine Respektierung als Akt der Selbstbestimmung aus, wenn sich der Kindeswunsch als projizierter Elternwille, also eigentlich als Ausdruck von Fremdbestimmung darstellt (BGH NJW 1985, 1702, 1703: Es bleibt jedoch seine Verwertung als Bindungsindiz zugunsten des beeinflussenden Elternteils möglich; zust. JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 50). Vorhandene Beeinflussung kann aber außer acht bleiben, wenn das Kind seine Entscheidung mit eigenständigen, vernünftigen Motiven begründen kann (OLG Hamm FamRZ 1989, 654, 655).

dd) Der Kindeswille im Einzelfall

125

Im konkreten Fall kann der Kindeswille in beiden oder auch nur in einer der vorgenannten Funktionen beachtlich sein. Beim *Kleinkind* scheidet Selbstbestimmungsfähigkeit aus, und bei *Heranwachsenden* verdrängt der Gesichtspunkt der Eigenentscheidung zunehmend die Frage nach der inneren Bindung. In *mittleren Altersbereichen* kann der Kindeswille in beiden Funktionen Bedeutung haben, das Element der Selbstbestimmung ist angepaßt an sein kontinuierliches Wachstum flexibel zu berücksichtigen. Ist dem Kindeswillen in einer Funktion die Beachtung zu versagen, so muß dies nicht auch die Ablehnung in seiner anderen Funktion implizieren (BGH NJW 1985, 1702, 1703; vgl. Rz 124).

Der Kindeswille kann auch insoweit beachtlich sein, als er auf Fortbestand der Geschwistergemeinschaft gerichtet ist (BGH FamRZ 1990, 392, 393; s. Rz 114).

e) Kontinuität

126

Das Kontinuitätsprinzip, dh. der **Grundsatz einheitlicher und gleichmäßiger Erziehungsverhältnisse** spielt in der familiengerichtlichen Begründungspraxis eine große Rolle (vgl. BVerfG NJW 1981, 217, 218 f.; FamRZ 1982, 1179, 1183; OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531; OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284; OLG Hamm FamRZ 1985, 637, 638; OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312). Über den genauen Inhalt dieses Prinzips besteht jedoch Unklarheit (Rz 90). Wird der auf die inneren Bindungen des Kindes bezogene Kontinuitätsaspekt unter dem übergreifenden Kriterium „Kindesbindungen“ gesondert behandelt (Rz 70, 101), und wird die zukünftige Stabilität der Erziehungsbedingungen als Element des Förderungsprinzips erkannt (Rz 100), so ist die verbleibende **Bedeutung des Kontinuitätsprinzips stark reduziert** (RGRK-ADELMANN Rz 55; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 34; ROLLAND Rz 29; KROPHOLLER JZ 1984, 164, 165 f.).

Zum einen verbleibt ihm eine (bloße) **Hilfsfunktion für das Bindungskriterium** 127 (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 33; COESTER, Kindeswohl S 177): Vor allem bei kleineren Kindern läßt ihre kontinuierliche Betreuung durch einen Elternteil über einen längeren Zeitraum regelmäßig vermuten, daß dieser Elternteil zur „Hauptbezugsperson“ des Kindes geworden ist, wenn der andere Elternteil nur geringfügige Kontakte mit dem Kind hatte. Dabei ist der *kindliche Zeitbegriff* zu beachten (GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT I S 39 f.; vgl. OLG Frankfurt FamRZ 1982, 531; KG FamRZ 1983, 1159, 1162; OLG Hamm FamRZ 1985, 637, 638). Die Kontinuität verliert ihre Indizfunktion mit zunehmendem Kindesalter oder bei beiderseitigem

Engagement der Eltern in der Kindeserziehung (nicht notwendig zu gleichen Zeitanteilen, vgl OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1234).

- 128** In **sachlicher** Hinsicht bleibt im wesentlichen nur der Gesichtspunkt, daß jeder Betreuungs- und Umgebungswechsel für das Kind eine Belastung bedeutet und deshalb vermieden werden sollte, sofern nicht Überlegenheit der Platzierung beim anderen Elternteil feststeht. Bei besserer Eignung des Obhuts-Elternteils ist der Kontinuitätsaspekt allenfalls ein zusätzliches Argument für den dortigen Verbleib des Kindes. Sachliche Gesichtspunkte zugunsten des anderen Elternteils (bessere Eignung, Bindung, Kindeswille) kann der Kontinuitätsaspekt nicht aufwiegen (vgl BVerfG NJW 1981, 217 ff; OLG Frankfurt FamRZ 1984, 296, 297). Er entfaltet seine wesentliche Bedeutung also als **ausschlaggebendes Kriterium, wenn die Verhältnisse bei beiden Eltern** im Lichte aller anderen Aspekte des Kindeswohls auch nach Ausschöpfung der Ermittlungsmöglichkeiten **gleichwertig erscheinen** (OLG Bamberg FamRZ 1988, 750, 751; OLG Frankfurt FamRZ 1990, 550; OLG Hamm FamRZ 1980, 487, 488; FamRZ 1986, 715 f; OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312; OLG Zweibrücken FamRZ 1986, 1038; WENDL-KAMPMANN-WENDL S 256; der Sache nach auch KG FamRZ 1990, 1383, 1385) oder wenn zwei Hauptkriterien des Kindeswohls (stärkere Bindung einerseits, bessere Eignung andererseits) miteinander kollidieren (OLG Hamm FamRZ 1988, 1313, 1314; **aA** KALTENBORN FamRZ 1987, 990, 998 f [Vorrang der Bindung]). Problematisch bleibt der Kontinuitätsaspekt in dieser Funktion deshalb, weil er die Eltern bei der Trennung zu eigenmächtiger „Beschlagnahme“ des Kindes ermuntert (vgl OLG Frankfurt FamRZ 1990, 550).

Unzulässig ist es demgegenüber, die *Ermittlungen* und Erwägungen zum Kindeswohl dergestalt zu *verkürzen*, daß das Kind grundsätzlich in der bisherigen Umgebung zu verbleiben habe, sofern nicht die Erforderlichkeit eines Platzierungswechsels dargelegt und begründet sei (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 34; KROPHOLLER JZ 1984, 164, 165; vgl OLG Köln FamRZ 1982, 1232 ff). Hierdurch wird die vom Gesetz vorgeschriebene, offene und uneingeschränkte Kindeswohlprüfung verzerrt (COESTER, Kindeswohl S 484 ff) und ein sachlich nachrangiger Aspekt de facto zum Leitkriterium der Sorgerechtsentscheidung aufgewertet.

V. Übereinstimmender Elternvorschlag, Abs 3

129 1. Grundlagen

In der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle entscheidet das Familiengericht über die elterliche Sorge nicht gem Abs 2, sondern auf der Grundlage eines übereinstimmenden Elternvorschlags. Abs 3 S 1 räumt diesem Vorschlag eine gewisse Bindungswirkung ein, das Gericht darf von ihm nur abweichen, wenn dies „zum Wohle des Kindes erforderlich ist“ (s Rz 149). Macht allerdings das mindestens 14jährige Kind einen abweichenden Vorschlag, so entscheidet das Gericht ungebunden nach Abs 2 (s Rz 152). Abs 3 S 1 ist Ausprägung des Rechtsgedankens, daß sich die elterliche Sorgeverantwortung und der elterliche Regelungsprimat gem Art 6 Abs 2 S 1 GG auch auf die Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses nach der Scheidung erstrecken (Rz 16). Trotz elterlicher Einigkeit legitimiert aber die situationsbedingte Gefährdung der Kindesinteressen eine kontrollierende – und ggf korrigierende – Intervention des Staates (Rz 19; vgl GERNHUBER § 56 III 1: „kontrollierter Dispositionsakt der Eltern“).

- 130** Der in dieser Weise **eingeschränkt fortbestehende elterliche Bestimmungsvorrang** wird sachlich mit verschiedenen Erwägungen gerechtfertigt. *Zunächst* wird darauf

hingewiesen, daß der Vorschlag zugunsten eines Elternteils stets den *Verzicht* des anderen Elternteils impliziere – diesem aber gegen seinen erklärten Willen das Sorgerecht aufzudrängen, könne dem Interesse des Kindes nicht entsprechen (Eherechtskommission [1971] S 89 f; DIECKMANN AcP 178 [1978], 298, 318 f; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 608; ders, Gutachten z 48. DJT [1970] Bd I, Teil 3 B 119; MAIER-REIMER, ebd A 65 f). Diese Überlegung ist aber nur begrenzt tragfähig, das Zurücktreten eines Elternteils im Einigungsprozeß bedeutet nicht notwendig, daß er das Kind und die Übernahme der Sorgeverantwortung grundsätzlich ablehnt (s Rz 157).

Zum zweiten wird unterstellt, daß die generelle **Vermutung besserer Kindeswohl-** **131**
Konkretisierung durch die Eltern auch für die Plazierungsfrage nach der Scheidung gerechtfertigt sei – es könne erwartet werden, daß sie ihren persönlichen Streit zurückstellten, soweit es um das Kind gehe (zum BVerfG s Rz 15, 16; vgl im übrigen BT-Drucks 8/2788, S 62; BGHZ 1, 214, 216; BayObLGZ 51, 300, 305 f; FamRZ 1968, 657, 658; FamRZ 1976, 36, 37; KG FamRZ 1979, 340, 341; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 57; MünchKomm-Hinz Rz 47; RGRK-ADELMANN Rz 72; DITTMANN, ZBlJugR 1977, 187, 189 f; LUTHIN FamRZ 1985, 638 f; STRÄTZ FamRZ 1975, 541, 542). In dieser Allgemeinheit ist die Erwartung kindgerechten Verhaltens der Eltern in der Scheidungssituation zwar nicht zu halten: Die diesbezügliche *Fähigkeit* der Eltern scheitert oft schon am mangelnden Wissen um die eigenständigen und spezifischen Bedürfnisse der Kinder in dieser Situation oder an der Verstrickung in persönliche Probleme; in Einzelfällen mag auch der *Wille*, die Interessen des Kindes den eigenen voranzustellen, fehlen (GERNHUBER § 56 III 1; COESTER, Kindeswohl S 287 ff). Das Gesetz berücksichtigt diese Umstände aber bereits, indem es die richterliche Eingriffsschranke im Vergleich zum allgemeinen Kindesschutzrecht vorverlagert – es gilt nicht das Gefährdungskriterium des § 1666, sondern der Maßstab der Erforderlichkeit (Rz 149; s schon Rz 19 zur Eingriffslegitimation). Im übrigen ist auch pauschales Mißtrauen gegenüber den Eltern fehl am Platz; die Erfahrung zeigt, daß es viele sich scheidende Ehegatten gibt, die sich um kindzentriertes Denken und eine kindgerechte Sorgerechtslösung bemühen. Der übereinstimmende Vorschlag solcher Eltern darf die Vermutung bester Kindeswohl-Konkretisierung beanspruchen, der Richter als sachfremder Dritter ist schon von der Sache her auf eine bloße Kontrollfunktion beschränkt.

Zum dritten schließlich wird auf den **Befriedigungsaspekt** hingewiesen: Schon die **132**
 elterliche Einigung als solche dient dem Kindesinteresse, weil sie den Sorgerechtsstreit beendet und die Chancen erhöht, daß die Beziehungen in der getrennten Familie künftig auf befriedeter, möglicherweise sogar kooperativer Basis stattfinden (insbes hins Umgang, Änderungswünsche; vgl BGHZ 1, 214, 216; RGRK-ADELMANN Rz 72; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 57; COESTER, Kindeswohl S 290 f, 295 f, 305; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 272 f; LUTHIN FamRZ 1985, 638; RABAA S 5, 53, 63, 117 ff). Die Beilegung des elterlichen Streits kann für die weitere Entwicklung des Kindes wertvoller sein als seine Zuweisung statt zum (vorgeschlagenen) geeigneten zum (objektiv gesehen) besser geeigneten Elternteil (vgl die Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Folgenkontrolle bei KALTENBORN FamRZ 1987, 990, 992 ff).

Ergebnis: Insgesamt erweist sich deshalb der in Abs 3 S 1 festgelegte eingeschränkte **133**
 Elternvorrang als von den Kindesinteressen her gerechtfertigt und deshalb auch vom Elternrecht des Art 6 Abs 2 S 1 GG her geboten. Die Wirkungschancen elterlicher Einigung begründen darüber hinaus die **Pflicht des Familiengerichts**, auf die Eltern mit dem Ziel einer Einigung **hinzuwirken** (vgl schon oben Rz 24 sowie STRECKER DRiZ 1983, 175 [grds zur Doppelrolle als Richter und Vermittler]; das gilt

auch für die Hilfsinstitutionen wie Jugendamt (§ 17 KJHG) oder Sachverständiger – bei letzterem zudem als berufsethische Forderung; vgl STERNBECK-DÄTHER FamRZ 1986, 21, 24f; zum gemeinsamen Sorgerecht s noch Rz 168). Aus der Wächterverantwortung des Staates, wie sie in Abs 3 S 1 ausgestaltet ist, folgt jedoch, daß auch bei übereinstimmendem Elternevorschlag nicht unmittelbar dieser, sondern erst die billigende **famliengerichtliche Entscheidung Rechtsgrundlage der sorgerechtlchen Neuordnung** ist (BayObLG FamRZ 1966, 247, 248 [bloße richterliche Unterzeichnung der Niederschrift über die elterliche Vereinbarung ist keine gerichtliche „Entscheidung“]; vgl MünchKomm-HINZ Rz 51; DÖLLE II § 97 III 6; wohl aA, aber schon mit dem Wortlaut von § 1671 Abs 1, Abs 3 S 1 nicht vereinbar, GERNHUBER § 56 III 1 Fn 2).

2. Tatbestandliche Voraussetzungen

134 a) Zustandekommen

Das Gesetz will mit der Formulierung „*übereinstimmender Vorschlag*“ (vgl EheG 1946: „*Einigung*“; GleichberG 1957: „*gemeinsamer Vorschlag*“) klarstellen, daß eine gegenseitige Einigung der Eltern nicht notwendig ist, es genügt die bloße äußerliche, inhaltliche Übereinstimmung (so schon die hM zum GleichberG, Voraufl Rz 55 mwN; vgl SOERGEL-STRÄTZ Rz 16; RGRK-ADELMANN Rz 75; aA SCHWAB, Handbuch Rz III 62 [stets „Einigung“ erforderlich, ggf vom Richter herbeizuführen]). So kann sich ergeben aus voneinander unabhängigen Anträgen oder der Zustimmung des einen Gatten zum Vorschlag des anderen (LG Landau FamRZ 1967, 405, 406; MünchKomm-HINZ Rz 49), möglicherweise erst im Rahmen der richterlichen Anhörung gem § 50 a FGG (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 54).

Andererseits liegt dem Vorschlag oft eine **Einigung** der Eltern zugrunde, regelmäßig eingebettet in einen umfassenden Scheidungsfolgenvertrag. Um zum „Vorschlag“ zu werden, bedarf es allerdings stets noch einer Mitteilung an das Gericht oder der Berufung auf die Vereinbarung durch einen der Elternteile (OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 293, 294). Eine etwaige Nichtigkeit der Vereinbarung (vgl BGH FamRZ 1986, 444 f: Koppelung mit vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen nicht grds, aber möglicherweise wegen Kindeswohlwidrigkeit Motivation der Eltern sittenwidrig) beseitigt noch nicht das (für Abs 3 S 1 allein entscheidende) Faktum eines übereinstimmenden Elternevorschlags (vgl SOERGEL-STRÄTZ Rz 17; SCHWAB, Handbuch Rz III 78), ist aber Anlaß zu einer intensiven, eigenständigen Prüfung des Kindeswohls durch das Familiengericht, die sachlich der nach Abs 2 entspricht. Das Abweichen des Familiengerichts von einem auf wirksamer Scheidungsvereinbarung beruhenden Elternevorschlag kann umgekehrt Rückwirkungen auf die übrigen Vereinbarungen haben (Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 139).

135 Zeitpunkt und Form für den Elternevorschlag sind materiellrechtlich nicht vorge-schrieben, aus dem Verbundprinzip folgt jedoch, daß der Vorschlag bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanz dem Gericht vorliegen muß (uU auch erstmalig in der Beschwerdeinstanz, MünchKomm-HINZ Rz 50). Bei einverständlicher Scheidung nach nur einjähriger Trennungszeit muß der Vorschlag allerdings schon der Antragsschrift zur Scheidung enthalten sein, § 630 Abs 1 Nr 2 ZPO – er kann jedoch auch hier „nachgereicht“ werden (unstr, vgl BAUMBACH-LAUTERBACH-HARTMANN-ALBERS § 630 ZPO Anm 2 B, dort auch zum Streit über die Folgen des endgültigen Ausbleibens eines Vorschlags), allerdings wohl nicht mehr in der zweiten Instanz (MünchKomm-HINZ Rz 50; GERNHUBER § 56 III 3).

Der Vorschlag ist eine **rechtsgeschäftsähnliche Handlung**; er muß von den Eltern **höchstpersönlich** stammen, Stellvertretung (im Willen) oder die Überlassung der Ausübung an Dritte sind nicht zulässig (unbeschadet der Kundgabe des Elternvorschlags durch den Prozeßvertreter; vgl KG FamRZ 1966, 153 f; BayObLG FamRZ 1968, 657; GERNHUBER § 56 III 2; MünchKomm-Hinz Rz 51). **Vorschlagsberechtigt** sind nur Elternteile, die *zumindest teilweise sorgerechtsfähig* sind (also auch Minderjährige ohne Zustimmungsbinding an den gesetzlichen Vertreter, vgl § 1673 Abs 2, SOERGEL-STRÄTZ Rz 16). Ein geschäftsunfähiger Elternteil kann demnach einen wirksamen Vorschlag nicht abgeben (weder persönlich noch durch seinen gesetzlichen Vertreter, vgl § 1673 Abs 1), ein übereinstimmender Elternvorschlag ist dann unmöglich. Andererseits hindert eine vorangegangene Entrechtung eines Elternteils gem §§ 1666, 1667 oder das Ruhen seines Sorgerechts gem §§ 1673 ff sein Vorschlagsrecht nicht (SCHWAB, Handbuch Rz III 58; SOERGEL-STRÄTZ Rz 16). Dies folgt schon aus der familiengerichtlichen Verpflichtung, auch in diesen Fällen die Sorge-rechtsfrage neu zu regeln (Rz 31 ff, 34), vor allem aber auch aus der Verwurzelung des Vorschlagsrechts im Elternrecht des Art 6 Abs 2 S 1 GG, das auch durch Entzug des Sorgerechts nicht berührt wird (vgl Rz 37).

b) Zulässiger Inhalt

137

Inhaltlich ist nach hM ein zulässiger Elternvorschlag auf die Gestaltungsmöglichkeiten beschränkt, die auch dem Familiengericht bei einer Entscheidung nach Abs 2, 4 offenstehen (BayObLG FamRZ 1976, 36, 37; FamRZ 1976, 534, 535; KG FamRZ 1979, 539, 540; OLG Köln FamRZ 1977, 62, 63; ERMAN-MICHALSKI Rz 34; MünchKomm-Hinz Rz 56; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 22; ROLLAND Rz 48; RGRK-ADELMANN Rz 31, 85; SCHLÜTER § 22 V 1 d). Dieser Grundsatz ist zu formalistisch. Zwar ist auch bei einem Elternvorschlag die gerichtliche Entscheidung der rechtsgestaltende Akt (Rz 37, 133), aber die staatliche Sanktion familienautonomer Regelung ist qualitativ etwas anderes als der einen Konflikt unmittelbar ordnende Staatseingriff (krit auch JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 60). Für das *gemeinsame Sorgerecht* muß die hM ohnehin eine Ausnahme machen – es kann grds *nur* auf der Grundlage eines übereinstimmenden Elternvorschlags angeordnet werden (s Rz 172, 173). Andererseits setzen die Kindesinteressen der elterlichen Gestaltungsfreiheit Grenzen, so daß die hM im praktischen Ergebnis die Rechtslage doch tendenziell zutreffend kennzeichnet. Ein im allgemeinen etwas weiterer Gestaltungsrahmen der Eltern kann sich jedoch aus der Erwägung ergeben, daß die richterliche Erkenntnis des Kindeswohls mit Unsicherheiten behaftet und daß die elterliche Einigkeit als solche ein wichtiger Kindeswohlaspekt ist (Rz 132), die nicht leichtfertig zugunsten eines „objektiv besseren“ Kindeswohlverständnisses aufs Spiel gesetzt werden sollte (iE ähnlich KROPHOLLER NJW 1984, 271, 275; demgegenüber will SCHWAB, Handbuch Rz III 30, 31, der elterlichen Einigung weitgehend Gestaltungsfreiheit einräumen).

Die von den Eltern gewünschte Neuregelung muß **inhaltlich** unmittelbar aus ihrem Vorschlag erkennbar sein, unzulässig ist die Vorschlagsüberlassung an Dritte (Rz 136) oder die Entscheidungsüberlassung an das Kind (vgl KG FamRZ 1967, 294, 295 f; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 61). Wegen der Unverzichtbarkeit der elterlichen Sorge ist auch der Vorschlag unbeachtlich, das Sorgerecht einem *Pfleger oder Vormund* zu übertragen (vgl Abs 5 S 1; SCHWAB, Handbuch Rz III 71; allerdings kann bei schon bestehendem beidseitigen Sorgerechtsentzug ein Vorschlag zur Aufrechterhaltung dieses Zustands für § 630 Abs 1 Nr 2 ZPO genügen, GÖPPINGER, Vereinbarungen Rz 616; SCHWAB aaO). Der Vorschlag kann allerdings auf eines von mehreren Kindern beschränkt sein (im übrigen Entscheidung nach Abs 2; SOERGEL-STRÄTZ Rz 22).

- 139** Für **unzulässig** werden alle **sachlichen Aufspaltungen** des Sorgerechts außerhalb von Abs 4 S 2 gehalten – die dagegen sprechenden Gründe des Kindeswohls bei einer gerichtlichen Entscheidung nach Abs 2 (s Rz 47, 48) schlagen auch gegenüber dem Elternvorschlag durch (Trennung Personensorge/Vertretung: OLG Hamm FamRZ 1972, 469; LG Augsburg FamRZ 1967, 406; Bindung des Sorgeberechtigten an Mitwirkungsrecht des anderen Elternteils: BGHZ 3, 220 ff [Schulwahl]; OLG Neustadt FamRZ 1964, 91 f [bei wesentlichen Erziehungsfragen, mit Stichtscheid des VormG]; vgl insgesamt GÖPPINGER, Vereinbarungen Rz 191; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 61; zT abw [mit nicht überzeugenden Beispielen] KROPHOLLER NJW 1984, 271, 275). Sie stehen auch einer Vereinbarung entgegen, wonach das gesamte Sorgerecht zwar einem Elternteil zustehen, dieser aber die faktische Betreuung ganz oder überwiegend dem nichtsorgeberechtigten Elternteil überlassen soll (OLG Köln FamRZ 1977, 62 f: Kind von Montag bis Freitag beim nichtsorgeberechtigten Elternteil als Dauerregelung).
- 140** Nicht ganz klar ist der richterliche Entscheidungsmaßstab bei Vorschlägen, die auf eine **Teilung von Personensorge und Vermögenssorge** gerichtet sind. Nach Abs 4 S 2 ist diese Gestaltung ausnahmsweise zulässig, wenn das Kindeswohl sie erfordert. Nach Abs 3 S 1 muß das FamG im Sinne eines Elternvorschlags entscheiden, sofern das Kindeswohl nicht ein Abweichen erforderlich macht. KROPHOLLER will diesen Wertungskonflikt dadurch „harmonisieren“, daß der Elternvorschlag zwar nicht die normale Bindungswirkung des Abs 3 S 1 entfaltet, wohl aber dem FamG Anlaß gibt, großzügiger als sonst die „Erforderlichkeit“ der Aufteilung iSv Abs 4 S 2 anzunehmen (NJW 1984, 271, 275). Zutreffender erscheint es demgegenüber, grundsätzlich die Erforderlichkeit der Aufteilung dem *Beurteilungsermessen der Eltern* zu überlassen und dem Elternvorschlag das nach Abs 3 S 1 vorgesehene Gewicht einzuräumen (RGRK-ADELMANN Rz 31). Die Probleme einer Aufteilung können zwanglos in die Prüfung eingebracht werden, ob die Kindesinteressen ein Abweichen vom Elternvorschlag erfordern.
- 141** Ähnliches gilt für einen Vorschlag, der grundsätzlich auf *gemeinsames Sorgerecht* gerichtet ist, aber die Vermögenssorge einem Elternteil allein vorbehalten will (KROPHOLLER aaO; vgl SCHWAB, Handbuch Rz III 31). Die generelle Zulässigkeit einer solchen Gestaltung kann nicht bezweifelt werden; allerdings wirft der Vorschlag die Frage auf, ob die für gemeinsames Sorgerecht erforderliche Vertrauens- und Kooperationsbasis (Rz 176, 178) nicht vielleicht doch zu schwach ausgebildet ist.
- 142** Vorschläge zugunsten **zeitlicher Aufteilung** der elterlichen Sorge sind in der Praxis ebenfalls überwiegend abgelehnt worden (*Sorgerechtswechsel zu bestimmtem Zeitpunkt oder Ereignis*: BGH NJW 1952, 1254; KG FamRZ 1957, 176; OLG Frankfurt FamRZ 1962, 171, 172; OLG Hamm FamRZ 1964, 577; *bei ungewissem künftigen Ereignis* [Wiederheirat, Auswanderung]: BayObLG FamRZ 1976, 38, 39; KG FamRZ 1967, 294, 295 f [Kindeswunsch]; OLG Stuttgart Justiz 1974, 128 [Änderungswunsch des nichtsorgeberechtigten Elternteils]; *Befristung oder Bedingung mit richterlicher Neuentscheidung gem § 1671*: BayObLG FamRZ 1965, 51, 52; FamRZ 1966, 247, 248 f; FamRZ 1976, 38, 39; FamRZ 1976, 534, 535; OLG Frankfurt, FamRZ 1962, 171, 172; **aA** insoweit KG FamRZ 1967, 294, 295 f; OLG Karlsruhe NJW 1977, 1731). Eine Gegenauffassung hält zeitliche Aufteilungen durch Elternvorschlag jedoch in gewissem Rahmen für zulässig (GERNHUBER § 56 II 3; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 62; TREITZ S 20 ff; Vorauf Rz 51, 78; beschränkt auf Befristung mit richterlicher Neuentscheidung: vorzitierte Entscheidungen sowie Münch-Komm-HINZ Rz 57; SCHWAB, Handbuch Rz III 32; für eine Befristbarkeit speziell des „gemeinsamen Sorgerechts“ KNÖPFEL NJW 1983, 905, 909 [dagegen KROPHOLLER NJW 1984, 271, 276]).

Stellungnahme: Soweit der Wechsel bei gewissem oder ungewissem künftigen Ereignis **automatisch** erfolgen soll, sind solche Elternvorschläge mit der herrschenden Rspr aus denselben Gründen abzulehnen, die gegen eine gerichtliche Aufteilung gem Abs 2 sprechen (Rz 48): Die Eltern sind in der Beurteilung des gegenwärtigen Kindeswohls vermutlich überlegen, nicht aber in der Prognosefähigkeit. Weder noch so sichere Erwartung künftiger (äußerer und menschlicher) Entwicklung (Bspe bei JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 62: Schul- oder Berufswechsel mit notwendiger Ortsveränderung) noch der Wunsch nach Rechtsklarheit können es rechtfertigen, entgegen dem gesetzlich betonten Kontinuitäts- und Stabilitätsprinzip einen Platzierungswechsel zu einem künftigen Zeitpunkt vorzuschreiben, ohne daß eine gerichtliche Kindeswohlkontrolle zwischengeschaltet wäre – dies wäre ein Verstoß gegen die gesetzliche Wertung in § 1696 (iE ebenso MünchKomm-Hinz Rz 57; aA in der Rspr OLG Karlsruhe NJW 1977, 1731).

Dies steht allerdings nicht Vereinbarungen entgegen, wonach der als Sorgeberechtigter vorgeschlagene Elternteil für eine begrenzte Zeit die **Ausübung des Sorgerechts** dem anderen Teil **überlassen** soll (OLG Karlsruhe NJW 1977, 1731 f; OLG Köln FamRZ 1977, 62, 63 [obiter dictum]; bei zeitlich unbegrenzter Überlassung liegt de facto eine sachliche Aufspaltung des Sorgerechts vor, vgl Rz 139). Das FamG hat nur über die Sorgeberechtigung zu entscheiden, die Ausübungsüberlassung fällt in den Verantwortungsbereich des Sorgeberechtigten (und ist frei widerruflich, vgl BayObLG FamRZ 1976, 232, 234). Das FamG hat die geplante Gestaltung aber in die Prüfung einzubeziehen, ob die Kindesinteressen ein Abweichen vom Elternvorschlag erfordern (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 62). Die im Vorschlag implizierte Verletzung der kindlichen Kontinuitätsinteressen muß durch triftige Gründe für diese Gestaltung aufgewogen werden (etwa: Überbrückung vorübergehender Betreuungsprobleme beim vorgeschlagenen Elternteil). Beruht sie nur auf elterlichem Gleichberechtigungsinteresse oder auf überholten rollenstereotypen Vorstellungen (Kleinkinder brauchen Mutter), wird im Interesse des Kindes eine andere, rechtliche und tatsächliche Sorge vereinende Lösung geboten sein. Andernfalls könnte auf diese Weise das Verbot zeitlicher Aufteilungen einfach unterlaufen werden (abzulehnen OLG Karlsruhe NJW 1977, 1731 f: zeitliche Aufteilung [Kind bis zum 6. Lebensjahr bei Mutter, dann zum Vater], sogar umgedeutet [§ 140] in Vorschlag zugunsten des Vaters mit befristeter Ausübungsüberlassung).

Ist der Elternvorschlag nicht kindeswohlwidrig, kann durch ihn bei zeitweiser Verhinderung eines von zwei grundsätzlich geeigneten Elternteilen also ein anderes Ergebnis erreicht werden als bei freier gerichtlicher Entscheidung nach Abs 2 (vgl Rz 50).

Weniger bedenklich erscheint eine **Befristung** (oder Bedingung), verbunden mit **144 richterlicher Neuentscheidung gem § 1671** (ohne Bindung an die Änderungsvoraussetzungen des § 1696). Diese Frage sollte im Einklang mit derjenigen bei § 1696 beantwortet werden, ob ein übereinstimmender Änderungsvorschlag der Eltern eine dem § 1671 Abs 3 S 1 entsprechende Bindungswirkung entfaltet (vgl Erl zu § 1696; iE anders KROPHOLLER NJW 1984, 271, 275). Wollen die Eltern das FamG im Vorhinein von den Änderungsvoraussetzungen des § 1696 freistellen, können sie sich insoweit nicht auf bessere Kindeswohlkenntnis berufen, sie bewerten nur generell das Verhältnis zwischen Kontinuitäts- und Änderungsinteresse anders als § 1696 und die dazu entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze. Der Vorrang der Eltern besteht aber nur hinsichtlich der Interessenkonkretisierung gerade *ihrer* Kindes, generelle Interessenbewertungen sind Sache des Gesetzgebers und stehen nicht zur Disposition der Eltern.

145 3. Rechtsnatur des Elternvorschlags und Bindung der Eltern

Nach einer **älteren** und bislang von der Rspr noch überwiegend vertretenen **Auffassung** wird der Elternvorschlag weitgehend nach *vertragsrechtlichen Grundsätzen* beurteilt. Eine elterliche Einigung bzw Übereinstimmung soll demnach jedenfalls ab ihrer Mitteilung an das Gericht *Bindungswirkung* zwischen den Eltern entfalten. Einseitiger Widerruf kann nach dieser Auffassung den Vorschlag iSd Abs3 S1 ebensowenig beseitigen wie ein beidseitiges, aber inhaltlich nicht übereinstimmendes Abrücken. Möglich bleiben nur übereinstimmende Aufhebung (ersatzlos oder zugunsten eines anderen Vorschlags), Anfechtung wegen Willensmängeln oder Wegfall der Geschäftsgrundlage (letzteres bejaht in BGH FamRZ 1990, 392 f [Wegzug des vorgeschlagenen Elternteils nach Italien]). Ein demnach unwirksamer, einseitiger Widerruf soll aber für das Gericht Anlaß sein, besonders gründlich zu prüfen, ob nicht ein Abweichen vom de iure fortbestehenden Vorschlag im Kindesinteresse erforderlich ist. Damit nähert sich der Prüfungsmaßstab dem des Abs2 (zum ganzen BGHZ 1, 214, 217; 33, 54, 57 = FamRZ 1960, 397 f; BayObLG FamRZ 1966, 249, 250; FamRZ 1967, 402, 403; KG FamRZ 1968, 264 ff; OLG Köln FamRZ 1972, 574, 575; OLG Karlsruhe NJW 1977, 1731, 1732; OLG Koblenz DAVorm 1978, 313; OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 293, 294; OLG Stuttgart FamRZ 1981, 704 f; GERNHUBER § 56 III 4; ERMAN-MICHALSKI Rz 30).

- 146** Diese Auffassung ist heute **nicht mehr herrschend**, eine **Bindung** der Eltern wird zunehmend **abgelehnt** (AK-MÜNDER Rz 28; ders, Anm zu BGH v 6.12.1989, EzFamR § 1671 Nr 5; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 57–59; MünchKomm-HINZ Rz 54; SOERGEL-STRÄTZ Rz 17; SCHWAB, Handbuch Rz III 64, 65; GÖPPINGER, Vereinbarungen Rz 606; DAMRAU NJW 1977, 1172; DIECKMANN AcP 178 [1978] 298, 319; DÖRR NJW 1989, 690, 691; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 272 f; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 607; LUTHIN FamRZ 1985, 638 f; TREITZ S 40–46; dem zuneigend auch RGRK-ADELMANN Rz 83, 84).

Auch in der Rspr zeichnet sich ein Auffassungswandel ab (erste Zweifel bei OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 293, 294; ausdrücklich offen lassend BGH FamRZ 1990, 392 = EzFamR § 1671 Nr 5 [Münder]; OLG Hamm FamRZ 1985, 637; elterliche Bindung ablehnend OLG Zweibrücken FamRZ 1986, 1038; OLG Hamm FamRZ 1989, 654, 656).

Stellungnahme: Dieser neueren Tendenz ist der Vorzug zu geben (vgl schon COESTER, Kindeswohl S 298 ff). Die ältere Auffassung kann schon nicht erklären, woraus eine Bindung der Eltern folgen soll, wenn keine Einigung, sondern nur inhaltlich übereinstimmende Vorschläge (etwa im Rahmen der Elternanhörung) vorliegen. Eine unterschiedliche Behandlung des gemeinsamen und des nur übereinstimmenden Vorschlags ist nicht gerechtfertigt (MünchKomm-HINZ Rz 54). Aber auch elterliche Einigung ist kein bindender Vertrag, sondern Wahrnehmung gemeinsamer elterlicher Verantwortung dem Art 6 Abs 2 S 1 GG (Rz 16) und demgemäß dem „*gegenseitigen Einvernehmen*“ iSd § 1627 zuzuordnen (vgl Erl zu § 1627). Die inhaltliche Verpflichtung elterlicher Sorge auf das Kindeswohl steht einer vertraglichen Bindung dabei insoweit entgegen, als jeder Elternteil aus Gründen des Kindeswohls – definiert nach seiner freien, eigenverantwortlichen Überzeugung – neu und anders entscheiden können muß (MASSFELLER-COESTER § 1627 Rz 18): Im Konflikt der Bindungen an die Vereinbarung mit dem Ehegatten und an das Kindesinteresse setzt sich die Bindung an das Kindesinteresse durch. Darüber hinaus entfällt bei einem Widerruf des Elternvorschlags auch nur durch einen Teil die innere Rechtfertigung für dessen eingeschränkten Primat iSv Abs 3 S 1 (s Rz 130–132): Die Vermutung besserer Kindeswohlinterpretation durch die Eltern ist bei unterschiedlicher Interpretation im Entscheidungszeitpunkt entfallen, glei-

ches gilt für den Befriedigungseffekt elterlicher Einigkeit (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 50; MünchKomm-HINZ Rz 54).

Die eine elterliche Bindung bejahende ältere Auffassung ist auf der Grundlage früheren Verfahrensrechts entwickelt worden, die Gatten sollten nach der Scheidung zu ihren vorherigen Vereinbarungen stehen müssen. Mit Einführung des Verbundprinzips ist dieser Gesichtspunkt gegenstandslos geworden; die Widerruflichkeit des Sorgerechtsvorschlags korrespondiert jetzt mit der des Einverständnisses zur einverständlichen Scheidung bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung (§ 630 Abs 2 S 1 ZPO; vgl KROPHOLLER NJW 1984, 271, 272).

Die vorstehenden Erwägungen, insbes die Parallele zu § 1627, legen es nahe, die **147**
grundsätzlich zu bejahende Widerruflichkeit des Elternvorschlags darauf zu beschränken, daß der Widerruf *aus dem Kindesinteresse begründet* wird (vgl OLG Hamm FamRZ 1989, 654, 656 [„aus nicht völlig unverständlichen Gründen“]; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 59; noch strenger, aber kaum sachgerecht DÖRR NJW 1989, 690, 691 [Widerrufsrecht der Eltern, wenn sich auch der Richter gem Abs 3 S 1 vom Elternvorschlag lösen dürfte]). Statt richterlicher Nachforschungen in die (wirklichen oder vorgeschobenen) Gründe des widerrufenden Elternteils scheint es jedoch praktikabler (und im Hinblick auf die entfallene Befriedigungswirkung elterlicher Einigkeit auch gerechtfertigt), **jeden** Widerruf zum Anlaß zu nehmen, von einer Entscheidung nach Abs 3 zu einer solchen nach Abs 2 überzugehen. Die frühere Einigung und die Gründe des Widerrufs können als Fakten im Rahmen der freien Kindeswohlabwägung nach dieser Vorschrift berücksichtigt werden (KROPHOLLER NJW 1984, 271, 273; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 59). Im Ergebnis ist der elterliche Vorschlag damit **frei widerruflich bis zum Schluß der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung**.

War die elterliche Vereinbarung eingebettet in einen **umfassenden Scheidungsfol-** **148**
genvertrag, so kann ihr Widerruf die Geschäftsgrundlage für andere Regelungen entfallen lassen (GÖPPINGER, Vereinbarungen Rz 606; GERNHUBER § 56 III 5). Vereinbarungen über den Ehegattenunterhalt und das Sorgerecht werden darüber hinaus als Geschäftseinheit anzusehen sein, so daß § 139 anzuwenden ist (SCHWAB, Handbuch Rz III 194; MünchKomm-HINZ Rz 54).

4. Familiengerichtliche Entscheidung

149

Der Elternvorschlag entfaltet aus den vorerwähnten Gründen (Rz 129–133) eine **beschränkte Bindungswirkung für das FamG**, dieses hat nicht nach der objektiv besten Lösung für das Kind zu suchen (Abs 2), sondern nur nach etwaigen Gründen, die ein Abweichen vom elterlichen Vorschlag erforderlich machen könnten (hM, vgl BT-Drucks 7/650 s 177; OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 293, 294; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 60; MünchKomm-HINZ Rz 59; RGRK-ADELMANN Rz 26; SCHWAB, Handbuch Rz III 74; *abw* [aber sachlich widersprüchlich] PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 24 [keine „formelle Bindung“, sondern „allenfalls eine gewisse Arbeits-erleichterung für den Richter“]; ERMAN-MICHALSKI Rz 28, 40).

„*Erforderlich*“ ist nach gefestigter Rspr ein Abweichen dann, wenn „triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe“ vorliegen, „deren Außerachtlassung die Entwicklung des Kindes ungünstig beeinflussen würde“ (BGH FamRZ 1979, 113; BayObLG FamRZ 1962, 169, 170; FamRZ 1963, 141, 142; FamRZ 1966, 249, 250; FamRZ 1976, 36, 38; KG FamRZ 1958, 423, 424; FamRZ 1979, 340, 341; OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 293, 294; OLG Hamm FamRZ 1968, 530, 531; OLG Köln FamRZ 1972, 574, 575). Diese Eingriffsschranke entspricht derjenigen des § 1696 (OLG Hamburg FamRZ 1982, 532; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 63). Sie

liegt zwischen der Gefährdungsschwelle des § 1666 einerseits (bei § 1671 Abs 3 S 1 nicht zu verlangen: BGH FamRZ 1979, 113; BayObLG FamRZ 1963, 141, 142; KG FamRZ 1958, 423 f; bei gegebener Gefährdung jedoch stets ausreichend, OLG München FamRZ 1984, 407) und bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen oder der schlicht „besseren“ Interessenwahrung andererseits (noch nicht genügend für den Erforderlichkeitsstandard: BGHZ 33, 54, 58; BayObLG FamRZ 1976, 36, 38; OLG Köln FamRZ 1972, 574, 575).

150 Diese Grundsätze haben nur scheinbare Orientierungskraft, sie erleichtern auch nicht grundsätzlich die richterliche Ermittlungspflicht. Im Lichte der rechtlichen Verteilung elterlicher und richterlicher Kindeswohlverantwortung (Rz 16, 19) erscheint ein **zweistufiger Prüfungsansatz** angemessen: Richterliches Ermittlungsthema ist zunächst nur die „*Bonität*“ des *Elternvorschlags*, dh die Kindzentriertheit der elterlichen Motive und ihre Informiertheit über die wesentlichen Bedürfnisse ihrer Kinder. Gewinnt das FamG die Überzeugung, daß die Eltern fähig und willens sind, die scheidungsbedingte Belastung der Kinder möglichst gering zu halten, genügt auf *zweiter Stufe* ein prima-facie-Vergleich des Elternvorschlags mit objektiven Kindeswohlvorstellungen (zu den richterlichen Anhörungspflichten in dieser Situation s Rz 207, 208). Besteht hingegen Anlaß zu der Vermutung, daß bei der Vereinbarung Elterninteressen im Vordergrund standen, sind die Interessen der Kinder intensiver zu ermitteln (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 63). Ist die Sorgerechtsvereinbarung gekoppelt mit einem Unterhaltsverzicht des begünstigten Elternteils (vgl Sachverhalt in BGH FamRZ 1986, 444), ist dies kein Indiz gegen diesen Elternteil und den übereinstimmenden Vorschlag, sondern eher für eigenständige Interessenverfolgung durch den anderen Elternteil (MünchKomm-HINZ Rz 60).

151 Grund zu sorgfältiger Überprüfung sollte stets eine von den Eltern vereinbarte **Geschwistertrennung** sein – es könnte das Gemeinschaftsinteresse der Geschwister den Gleichberechtigungsinteressen der Eltern geopfert worden sein (vgl Rz 57). Hier sind die Geschwisterbindung einerseits, das Kindesinteresse an der Befriedung des Elternstreits andererseits zu ermitteln wie auch sonstige Gründe für den Elternvorschlag (Unterbringungsprobleme, Überlastung jedes Elternteils, falls er alle Kinder nehmen müßte). In der Gesamtabwägung *kann* sich für vereinbarte Geschwistertrennungen ein etwas breiterer Anwendungsbereich ergeben als bei richterlicher Entscheidung nach Abs 2, Zurückhaltung bleibt aber im Interesse der Kinder geboten.

152 5. Abweichender Kindesvorschlag, Abs 3 S 2

Der abweichende Vorschlag des mindestens 14jährigen Kindes hebt die eingeschränkte Bindungswirkung des Elternvorschlags nach Abs 3 S 1 (Rz 149) auf. An dessen Stelle tritt nun aber nicht der Kindesvorschlag, vielmehr hat das FamG angesichts innerfamiliären Konflikts in freier Kindeswohlabwägung **nach Abs 2 zu entscheiden**.

Das Gesetz hat dem Kindeswillen damit nur für einen eng begrenzten Entscheidungssachverhalt unmittelbare Rechtswirkung verliehen (zur Reformdiskussion der verbleibenden übergreifenden Bedeutung des Kindeswillens s Rz 115). Insoweit begründet Abs 3 S 2 eine vorgezogene **Teilmündigkeit** des 14jährigen Kindes **zur Ausübung eines Gestaltungsrechts** (beschränkt auf negative Gestaltung = Aufhebung der Bindungswirkung des Elternvorschlags). Damit wird das (typisiert) selbstbestimmungsfähige Kind als **Mitträger familiärer Autonomie** anerkannt (vgl GERNHUBER § 56 IV 2: „Form der Mitbestimmung“). Dies rechtfertigt sich aus seiner

zentralen Betroffenheit und aus der gebotenen Achtung vor dem grundgesetzlich geschützten Persönlichkeitsrecht des Kindes (vgl BVerfG NJW 1981, 217, 218 = FamRZ 1981, 124, 125 f; *krit* SCHWAB, Handbuch Rz III 79 [Abs 3 S2 verfassungsrechtlich bedenklich]). Bei abweichendem Kindesvorschlag sind auch die Gründe für einen Vorrang der elterlichen Sorgerechtsbestimmung entkräftet (Vermutung besserer Kindeswohlkonkretisierung; familiäre Befriedung, Rz 130 ff). Der Vorschlagswiderspruch zwischen beiden Eltern einerseits und dem Kind andererseits muß dem FamG ein warnender Hinweis auf ungelöste Konflikte im Eltern-Kind-Verhältnis sein, die den Staat in seiner Funktion als Wächter der Kindesinteressen in besonderer Weise fordern. Rechtssystematisch steht Abs 3 S2 im Zusammenhang mit den elterlichen Verhaltensanforderungen in § 1626 Abs 2 – vermutlich haben sich die Eltern nicht in gebotener Weise um die Haltung des Kindes und um Einvernehmen mit ihm bemüht. Abs 3 S2 kann in diesen Fällen als Sanktion elterlicher Pflichtverletzungen gem § 1626 Abs 2 verstanden werden (BELCHAUS Rz 19; MünchKomm-HINZ Rz 61).

a) Voraussetzungen

153

Der Gesetzeswortlaut „abweichender Vorschlag“ impliziert, daß sich das Kind ausdrücklich **entschieden** haben muß zugunsten einer abweichenden Lösung der Sorgerechtsfrage – bloße Wünsche, Abneigungen oder Gegenvorstellungen bedeuten noch keine Ausübung des Gestaltungsrechts gem Abs 3 S2 (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 65). Eine besondere **Form** ist hingegen nicht vorgeschrieben, insoweit wie auch hinsichtlich des **Zeitpunkts** gilt das gleiche wie für die Unterbreitung des Elternvorschlags: Es genügt Äußerung im Rahmen der Kindesanhörung gem § 50 b Abs 1 FGG, möglicherweise auch erst in der zweiten Instanz; das Kind kann gegen die auf übereinstimmenden Elternvorschlag gestützte Entscheidung des FamG auch selbständig *Beschwerde* einlegen (§ 59 FGG) und zur Begründung erstmalig einen abweichenden Vorschlag machen – in diesem Fall hat das Beschwerdegerecht gem Abs 2 zu entscheiden (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 65). Das Kind ist (wie die Eltern) auch frei, seinen Vorschlag bis zur letzten Tatsachenverhandlung zurückzunehmen, dann ist statt nach Abs 2 nach Abs 3 S1 zu entscheiden (MünchKomm-HINZ Rz 61; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER aaO). Eine **Bindung** des Kindes scheidet aus; insbes ist es an einem abweichenden Vorschlag nicht durch eine vorherige Vereinbarung mit den Eltern oder eine Verzichtserklärung gehindert (GERNHUBER § 56 IV 2).

Nach allgemeiner Meinung muß der Kindeswille auf eine **positive Andersregelung** 154 gerichtet sein, die bloße (wenn auch dezidierte) Ablehnung eines oder beider Elternteile soll nicht ausreichen, um die Wirkung des Abs 3 S2 auszulösen (GERNHUBER § 56 IV 2; SCHWAB, Handbuch Rz III 86; MünchKomm-HINZ Rz 61; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 66). Auch dies wird mit dem Gesetzeswortlaut „Vorschlag“ begründet sowie mit der Erwägung, daß das Kind nicht über in Abs 5 S1 festgelegte Schranken für eine Vormund- oder Pflegerbestellung disponieren könne (vgl dazu auch die rechts- und gesellschaftspolitische Diskussion vor dem SorgeRG, DIECKMANN AcP 178 [1978] 298, 315; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 609; STRÄTZ FamRZ 1975, 541, 543; eine nach Abs 5 S1 gebotene Vormundschaft wird auch nicht durch den positiven Wunsch des Kindes zugunsten eines Elternteils verhindert, vgl OLG München FamRZ 1984, 407).

Demgegenüber ist zu bedenken: Die Gründe für die Außerkraftsetzung des Elternvorschlags in Abs 3 S1 (Rz 152) liegen auch hier vor (keine familiäre Autonomie, sondern Beziehungsstörung; keine Vermutungs- und Befriedungswirkung des Elternvorschlags); auch bedeutet Ablehnung beider Eltern nicht positiven Wunsch

nach Vormundbestellung iSv Abs 5 S 1. In Frage steht nur, ob das FamG nach Abs 3 S 1 oder Abs 2 entscheiden soll, und hierfür gibt die entschiedene Ablehnung des Elternvorschlags durch das Kind genügend Anlaß. In der Sache läuft die hM auf dasselbe Ergebnis hinaus, wenn das FamG in dieser Situation zu „besonderer Sorgfalt“ bei der Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen des Abs 3 S 1 verpflichtet wird (MünchKomm-Hinz Rz 62 aE).

155 Aus der hier vertretenen Auffassung ergibt sich auch die Antwort auf die Frage, ob der **Kindesvorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts** der Eltern einen auf Alleinsorge gerichteten Elternvorschlag aufheben kann (dagegen MünchKomm-Hinz [1. Aufl] Erg zu § 1671 Rz 54 [ohne Stellungnahme in 2. Aufl]; dafür JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 66; zur umgekehrten Konstellation [Kind will Alleinsorge, Eltern das gemeinsame Sorgerecht] s Rz 180). Das Kind kann das gemeinsame Sorgerecht der Eltern nicht erzwingen, da dieses elterliche Einigkeit voraussetzt, vom FamG gem Abs 2 also nicht angeordnet werden kann. Dennoch sollte die Achtung vor der Kindespersönlichkeit dazu führen, daß das FamG in eine umfassende Kindeswohlprüfung entspr Abs 2 und vor allem in den Vermittlungsprozeß eintritt, der primär Folge eines abweichenden Kindesvorschlags ist (ähnl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 66; nach Feststellungen der LIMBACH-Studie [S 24] ging das gerichtlich angeordnete gemeinsame Sorgerecht in etwa 20 Prozent der untersuchten Fälle auf die Anregung der **Kinder** zurück). Erweist sich jedoch als Ergebnis der Prüfungen die gemeinsame Sorge als unangemessen oder sind die Eltern nicht zu einer diesbezüglichen Einigung zu bewegen, so kann das Gericht gem Abs 2 nur iS des Elternvorschlags oder zugunsten des anderen Elternteils entscheiden (SCHWAB, Handbuch Rz III 85 nimmt dann fortbestehende Bindung des Gerichts gem Abs 3 S 1 an).

156 Der Kindesvorschlag kann **ganz oder auch nur teilweise** vom Elternvorschlag abweichen. Letzteres kommt zB in Betracht, wenn die Eltern Vermögens- und Personensorge aufgeteilt haben oder das Kind dies erreichen will. Die nur teilweise Abweichung des Kindesvorschlags begründet die familiengerichtliche Entscheidungskompetenz nach Abs 2 für die *gesamte* Sorgerechtsfrage. Der Elternvorschlag ist als Einheit zu sehen, für seine nur teilweise Aufrechterhaltung im mit dem Kindesvorschlag übereinstimmenden Bereich bedürfte es neuer Willensbildung der Eltern (ähnl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 66; abw ROLLAND Rz 50 [Entscheidung teils nach Abs 3 S 1, teils nach Abs 2]). Nicht als Teilabweichung kann eingestuft werden, wenn das Kind der Regelung für seine Person zustimmt, aber entgegen dem Elternvorschlag einer *Geschwistertrennung* widerspricht (**aA** RGRK-ADELMANN Rz 92; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 66; SOERGEL-STRÄTZ Rz 25; SCHWAB, Handbuch Rz III 84). Die Sorge für jedes Kind ist ein selbständiger Verfahrensgegenstand, die in Abs 3 S 2 eingeräumte Teilmündigkeit bezieht sich nur auf die Sorgerechtsregelung für das Kind selbst.

Allerdings ist der Widerspruch des Kindes gegen die Geschwistertrennung im Hinblick auf die gesetzliche Wertung in Abs 2 (Geschwisterbindung) ein Anlaß für das Gericht, den Elternvorschlag insoweit besonders kritisch zu überprüfen, insbes wenn auch das andere (möglicherweise jüngere) Kind nicht vom Geschwister getrennt werden will.

157 b) Wirkung

Primär Folge des abweichenden Kindesvorschlags ist die richterliche Verpflichtung, in einen **intensiven Erörterungs- und Vermittlungsprozeß** mit den Beteiligten einzutreten, um den familieninternen Konflikt beizulegen (vgl LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 608; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 67). Gleichzeitig werden in dieser Erörte-

rung die Grundlagen für die justizielle Entscheidung nach Abs 2 gewonnen, falls es nicht den Eltern gelingt, das Kind von ihrem Vorschlag zu überzeugen oder sie sich umgekehrt gemeinsam den Kindesvorstellungen anschließen (dann richterliche Entscheidung nach Abs 3 S 1).

Bleibt es im Ergebnis beim Widerspruch zwischen Eltern- und Kindesvorschlag oder tritt nur ein Elternteil dem Standpunkt des Kindes bei, so entscheidet das FamG in freier Kindeswohlabwägung nach den zu Abs 2 entwickelten Grundsätzen (Rz 51 ff). Zwar ist die eingeschränkte Bindungswirkung des Elternvorschlags entfallen, als *Faktum* bleibt die elterliche Übereinstimmung jedoch bei dieser Entscheidung ebenso verwertbar wie auf der anderen Seite die Kindesvorstellungen (GERNHUBER § 56 IV 2; MünchKomm-HINZ Rz 62). Hat sich ein Elternteil vom übereinstimmenden Vorschlag abgewandt, ist die normale Entscheidungssituation des Abs 2 gegeben. Bei fortbestehender Meinungsverschiedenheit zwischen Eltern einerseits und Kind andererseits muß sich das FamG im Ergebnis entweder über den Elternvorschlag oder über den Kindeswillen hinwegsetzen – in jedem Fall eine problematische Entscheidung. Die Anordnung von Vormundschaft und Pflegschaft scheidet aus, der Eltern-Kind-Konflikt als solcher begründet noch keine für Abs 5 S 1 erforderliche Kindesgefährdung (RGRK-ADELMANN Rz 93; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 67; GERNHUBER § 56 IV 2). Ob im übrigen eine Entscheidung *gegen* den Elternvorschlag, also für den nicht-vorgeschlagenen Elternteil in Betracht kommt, hängt wesentlich von dessen subjektiver Einstellung ab. Sein Zurücktreten im Rahmen des Elternvorschlags muß keineswegs bedeuten, daß er das Kind oder die Sorgeverantwortung grundsätzlich ablehnt (s Rz 130). Hat er nur im vermeintlichen Kindesinteresse oder widerstrebend verzichtet, ist er eine geeignete Sorgerechtsalternative. Bei grundsätzlich mangelnder Sorgebereitschaft (auch noch nach der vermittelnden Erörterung vor dem FamG) muß er hingegen nach allgemeinen Kriterien (Rz 83) als ungeeignet angesehen werden – letztlich bleibt dem FamG in diesem Fall nichts anderes übrig, als dem von den Eltern vorgeschlagenen, vom Kind aber abgelehnten Elternteil die Sorge zu übertragen.

VI. Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung

1. Grundlagen

a) Rechtsentwicklung und Diskussionsstand

158

Seit dem Urteil des BVerfG v 3. 11. 1982 (BVerfGE 61, 358 = NJW 1983, 101 = FamRZ 1982, 1179) steht fest, daß den Eltern in geeigneten Fällen auch die Möglichkeit offenstehen muß, das Sorgerecht für ihre Kinder nach der Scheidung gemeinsam fortzuführen (zur Gesetzeslage nach dem 1. EheRG und dem SorgeRG s Rz 12, 13; zu Rspr und Rechtsdiskussion vor 1982 vgl die Darstellung bei LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 19 ff mwN). „Gemeinsames Sorgerecht“ meint *nicht alternierendes Sorgerecht*, für dieses besteht entsprechend den Grundsätzen über „zeitliche Aufteilungen“ keine Rechtsgrundlage (vgl Rz 48).

Der ausnahmslose Ausschluß des gemeinsamen Sorgerechts durch § 1671 Abs 4 S 1 idF des SorgeRG 1980 verstieß nach Auffassung des BVerfG gegen das **Elternrecht** des Art 6 Abs 2 S 1 GG – es fehle an einer verfassungsrechtlichen Legitimation für einen Eingriff in die gemeinsame elterliche Sorgezuständigkeit, wenn die Eltern beide das gemeinsame Sorgerecht begehren, beiderseits erziehungsfähig sind und keine Gründe des Kindeswohls ersichtlich sind, die demgegenüber die Anordnung der Alleinsorge eines Elternteils erfordern. Darüber hinaus sei auch der **grundrecht-**

liche Anspruch des Kindes auf eine an seinem Wohl ausgerichtete Regelung verletzt, da unter den bezeichneten Voraussetzungen die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl am besten entspreche (vgl auch OLG Bamberg FamRZ 1988, 752).

- 159** Obwohl das BVerfG damit im bisherigen Grundsatzstreit um das gemeinsame Sorgerecht Stellung bezogen und die verfassungsrechtlichen Vorgaben verbindlich festgestellt hat, ist die weitere Diskussion um dieses Rechtsinstitut von **Unklarheiten und Divergenzen** gekennzeichnet. In der **Rechtspraxis** hat das gemeinsame Sorgerecht seit 1983 – entgegen anderslautenden Erwartungen – statistisch nur eine untergeordnete Bedeutung erlangt, es wurde nur in etwa *1,3 Prozent* aller Scheidungsverfahren angeordnet (LIMBACH-Studie S 18f, mit Hinweis auf regionale Schwankungen; tendenziell übereinstimmend die begrenzten rechtstatsächlichen Untersuchungen von MAGNUS-DIETRICH FamRZ 1986, 416; FINGER DRiZ 1985, 92 f; ders DRiZ 1988, 13 ff; LIDLE-HAAS S 29; weitere Zahlenangaben bei LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 23 ff; SCHÜTZ ZfJ 1987, 189, 190). Die Gründe hierfür werden in verbreiteter *Unkenntnis* von dieser Sorgerechtsform gesehen (dagegen jedoch BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 449), der *Skepsis* vieler Anwälte, Richter und Autoren gegenüber ihren Erfolgsaussichten oder in der *Unsicherheit* über die rechtlichen Voraussetzungen im einzelnen (LIMBACH-Studie S 52, 63 ff, 77; vgl auch LIDLE-HAAS S 32). Auch auf der Ebene von Sorgerechtsänderungen (§ 1696) spielte das gemeinsame Sorgerecht nur eine geringe Rolle – überwiegend ging es vor 1983 geschiedenen Eltern darum, auf der Grundlage des Bundesverfassungsurteils nun auch das gemeinsame Sorgerecht zu erhalten (LIMBACH-Studie S 42). Im **Schrifttum** sind die Meinungen nach wie vor gespalten. Neben *zurückhaltend-negativer* Einstellung (KNÖPFEL NJW 1983, 905, 907; KROPHOLLER JR 1984, 89, 96; D SCHWAB, Familienrecht Rz 488; COESTER EuGRZ 1982, 256 ff; ders, Kindeswohl S 314*; vor dem Urteil des BVerfG vor allem DIECKMANN NJW 1981, 668 ff; HOLZHAUER FamRZ 1982, 109, 115; KLUSSMANN FamRZ 1982, 119, 121; ders, Das Kind S 57; SCHMITT-GLAESER, Erziehungsrecht S 22) und gleichfalls zurückhaltender, aber doch *grds positiver* Einschränkung (FINGER ZfJ 1987, 194; ders DRiZ 1985, 91; SCHÜTZ ZfJ 1987, 189, 193 f; vgl LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 49 ff; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 72 ff; COESTER, Brühler Schriften Bd 4 [1986] S 35, 45; aus psychologischer Sicht BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445 ff) sind zunehmend auch Stellungnahmen zu registrieren, die für *wertungsmäßige Priorität* und zahlenmäßige Ausweitung dieses Sorgerechtsmodells plädieren und es als Symbol für einen grundlegenden „Perspektivenwechsel“ bei der Sorgerechtsproblematik nehmen (von humanwissenschaftlicher Seite FTHENAKIS in: REMSCHMIDT [Hrsg], Kinderpsychiatrie [1984] S 36 ff; ders ArchsozArb 1986, 174 ff; ders, Fünf Jahre gemeinsame elterliche Sorge [1989] S 30 ff; JOPT FamRZ 1987, 875; von juristischer Seite [mit unterschiedlichem Nachdruck] BAER ZRP 1989, 344, 347 f; DITZEN FamRZ 1987, 239; FEHMEL, FamRZ 1983, 971, 972; HINZ ZfJ 1984, 529 ff; MünchKomm-HINZ Rz 4, 5, 63 ff; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 58 ff; LIMBACH-Studie S 77 ff, 82 f; STREMPER, Gemeinsame Sorge S 18). Ein entsprechender Diskussionsstand in Praxis und Lehre ist auch im *Ausland* festgestellt worden (rechtsvergleichend: FTHENAKIS, Gutachten S 73 ff; KROPHOLLER JR 1984, 89, 91 ff; KALTENBORN FamRZ 1983, 965 ff; LIMBACH-Studie S 66 ff; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 5 ff; SCHWENZER, Status S 120 ff; COESTER EuGRZ 1982, 256 ff [USA]; NORMANN FamRZ 1988, 568 ff [Frankreich]; BALSCHKEIT SJZ 1988, 25 ff [Schweiz]).

- 160** Der **Gesetzgeber** ist, obwohl das BVerfG seine Regelungskompetenz ausdrücklich bestätigt hat, zunächst nicht tätig geworden. Eine gesetzliche Regelung wurde für nicht notwendig, die vom BVerfG genannten Kriterien für ausreichend gehalten

* Die dort vertretene Grundtendenz gebe ich in dieser Kommentierung ausdrücklich auf, vgl schon Rz 26, 105.

(SCHMIDT-RÄNTSCH FamRZ 1983, 17; KNÖPFEL NJW 1983, 905, 907 f; KROPHOLLER JR 1984, 89, 96; LUTHIN, *Gemeinsames Sorgerecht* S 30; aA COESTER EuGRZ 1982, 434). Inzwischen ist insoweit ein Auffassungswandel eingetreten. In § 17 Abs 1 Nr 3 und Abs 2 KJHG hat der Gesetzgeber erstmalig eine *positive Haltung* gegenüber dem gemeinsamen Sorgerecht eingenommen, die sozialrechtliche Unterstützung und Förderung der Eltern bei der Erarbeitung gemeinsamer Sorgeverantwortung gibt jenen Recht, die einen grundsätzlichen Wechsel im staatlichen Interventionsansatz fordern (s Rz 159 u oben Rz 23 ff). Darüber hinaus hat die Überzeugung an Boden gewonnen, daß auch die materiellrechtlichen Grundlagen des gemeinsamen Sorgerechts in § 1671 ausdrücklich geregelt werden müssen (Bundesjustizminister ENGELHARD in: LIMBACH-Studie, Vorwort; STREMPER, *Gemeinsames Sorgerecht* S 13–15; LIMBACH-Studie S 77; LIDLE-HAAS S 35). Entsprechende Reformarbeiten im BJM sind im April 1989 aufgenommen worden, aber noch nicht abgeschlossen (dazu STREMPER aaO).

b) Die wesentlichen Gesichtspunkte gegen und für das gemeinsame Sorgerecht 161

Einige **gegen** das gemeinsame Sorgerecht vorgebrachte Argumente sind vom BVerfG zurückgewiesen oder durch die inzwischen vorliegenden praktischen Erfahrungen widerlegt worden. Hierzu gehört die Erwägung, bei verständigungsbereiten Eltern genüge es, wenn der Sorgerechtsausübende den anderen Teil *faktisch* an der Sorgerechtsausübung teilhaben lasse (BT-Drucks 8/2788, S. 63; GERNHUBER § 56 II 1; HOLZHAUER FamRZ 1982, 109, 115 f; *dagegen* BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1184). Gleichmaßen kann eine vom Kindes- und Elternrecht geforderte Gestaltungsmöglichkeit nicht mit dem Hinweis abgewehrt werden, der *eheliche Institutionenschutz* verlange, das Privileg gemeinsamer Sorge verheirateten Eltern vorzubehalten (so SCHMITT-GLAESER, Erziehungsrecht S 22; HOLZHAUER aaO; DIECKMANN NJW 1981, 668, 670; vgl WILLUTZKI in: Ev Akad Bad Boll, Protokolldienst 30/86, 95 f; möglicherweise auch LUTHIN, *Gemeinsames Sorgerecht* S 54; *dagegen* implizit BVerfG 1182 f; vgl auch JOPT FamRZ 1987, 875, 885: der Institution Ehe schaden eher instabile Ehen, deren Häufigkeit bei in ihrer Jugend selbst scheidungsgeschädigten Partnern deutlich höher liegt). Auch ist die befürchtete „Sogwirkung“ ausgeblieben, also der massenhafte Mißbrauch des gemeinsamen Sorgerechts zu kindesfremden Zwecken, etwa als eigentliche „Nicht-Entscheidung“, zur Scheidungsbeschleunigung oder zur Durchsetzung elterlicher Gleichberechtigungsinteressen (so der BMJ FamRZ 1982, 1181; COESTER EuGRZ 1982, 256, 263; *dagegen* die tatsächlichen Erfahrungen, vgl LIMBACH, *Gemeinsame Sorge* S 23; LIMBACH-Studie S 13; LUTHIN, *Gemeinsames Sorgerecht* S 79). Nicht einmal die Befürchtung, das gemeinsame Sorgerecht sei konzeptionell ein *Privileg „gebildeter Schichten“* (LUTHIN S 56), ist bisher bestätigt: Zwar sind Berufstätige und höher Gebildete in den bisher positiv entschiedenen Fällen überproportional vertreten, Arbeiter hingegen unterrepräsentiert (im Vergleich zu ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung; vgl LIMBACH-Studie S 26–29; LUTHIN, *Gemeinsames Sorgerecht* S 56–58; *Simitis*, FS Müller-Freienfels [1986] 579, 611; BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 448 f). Dies belegt jedoch noch nicht die mindere Qualifikation weniger gebildeter Elternpaare für das gemeinsame Sorgerecht (immerhin 55,5 Prozent „Nicht-Akademiker“), sondern ist derzeit eher auf den noch unzureichenden Informationsstand über dieses Konzept und auf das geringere Durchsetzungsvermögen solcher Paare gegenüber einer tendenziell abweisenden Anwalt- und Richterschaft zurückzuführen (LIMBACH-Studie S 29: „Verdacht, daß die restriktive Rechtspraxis ungewollt schichtspezifisch diskriminierend wirkt“, vgl auch S 77).

Schließlich scheint auch das Argument widerlegt, das gemeinsame Sorgerecht sei ein inhärent *instabiles Konzept*, das früher oder später doch in Alleinsorge umgewan-

delt werden müsse (KNÖPFEL NJW 1983, 905, 907). Zum einen kann schon „Erziehungskontinuität auf Zeit“ durch beide Eltern dem Kindeswohl förderlich sein, späteres Scheitern besagt nichts über die anfängliche Qualität des Sorgearrangements (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1183). Zum zweiten hat sich das gemeinsame Sorgerecht als jedenfalls nicht weniger stabil erwiesen als die Alleinsorge (LIMBACH-Studie S 41–45; allerdings sagt auch Stabilität nichts aus über „Qualität“ im Lichte der Kindesinteressen, S 76).

Es bleiben Bedenken, daß die Eltern nicht überblicken, worauf sie sich einlassen, und sich sowie das Kind deshalb *überfordern* (KNÖPFEL NJW 1983, 905, 907; LUTHIN FamRZ 1984, 114, 116; vgl LIMBACH-Studie S 79); daß ihre Einigkeit im Einzelfall nur vorgetäuscht sein kann und ihre *eigentliche Entscheidungsunfähigkeit* später zu Lasten des Kindes ausgetragen wird (COESTER EuGRZ 1982, 256, 262 f; dagegen LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 50; ders FamRZ 1984, 114, 116: auch bei Alleinsorge möglich); daß das Kind *faktisch hin- und hergeschoben* und dadurch „heimatlos“ wird (s Rz 179); daß in den Kindern irrealer und damit belastende *Wiederversöhnungswünsche* genährt würden (BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 452 ff); daß Elternteile, die sich weder während der Ehe noch nach der Trennung nennenswert in der Kindesbetreuung und -erziehung engagiert haben, das gemeinsame Sorgerecht als „*Gegenleistung*“ für ihre *Unterhaltungspflicht* und als fortdauerndes *Kontrollinstrument* ansehen und den anderen Teil in eine entsprechende „*Ver Vereinbarung*“ drängen könnten (so Bedenken aus feministischer Sicht, vgl LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 62–65 mwN; zu den Rechtstatsachen LIMBACH-Studie S 30, 57).

- 162 Für das gemeinsame Sorgerecht sprechen demgegenüber – abgesehen vom verfassungsrechtlichen Eltern- und Kindesrecht (Rz 26) – mehrere generelle Überlegungen: So werden die *Loyalitätsgefühle des Kindes* geschont, das sich nicht zwischen den Eltern entscheiden muß (OLG Bamberg FamRZ 1988, 752; FTHENAKIS, Gutachten, S 48 ff; ders in: REMSCHMIDT [Hrsg] S 36, 42; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 55), und die *Kontinuität* seiner Beziehungen wird weitestmöglich gewahrt (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1183; OLG Bamberg FamRZ 1987, 509, 510; FamRZ 1988, 752; FTHENAKIS FamRZ 1985, 662, 668 f; ders in: REMSCHMIDT [Hrsg] S 36, 39; RABAA, S 28, 37; BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 450 ff). Der Umstand, daß beide Elternteile weiter für das Kind „zuständig“ sein und sorgen wollen, mag ihm eine *psychische Hilfe* bei der Bewältigung der Scheidungskrise sein (OLG Celle FamRZ 1985, 527), wie überhaupt das Bedürfnis des Scheidungskindes nach *fortbestehenden Beziehungen zu beiden* Eltern als fundamental erkannt worden ist (vgl COESTER, Kindeswohl S 181 f mwN; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 52; FTHENAKIS ArchfsozArb 1986, 174, 176; PROKSCH FamRZ 1989, 916, 917; FIGDOR, Brühler Schriften Bd 6 [1990] S 21, 31; relativierend allerdings WALLERSTEIN-BLAKESLEE, Gewinner S 304 ff; LIMBACH-Studie S 75 f). Das gemeinsame Sorgerecht bietet damit auch einen *Ausweg vor der* – im europäischen Vergleich – relativ weitgehenden *Entrechtung* des nichtsorgeberechtigten Elternteils (vgl FAHRENHORST FamRZ 1988, 238, 241 unter Hinweis auf Art 8 EMRK) und umgekehrt vor der einseitigen Belastung des alleinsorgeberechtigten Elternteils, die gerade in der Umstellungsphase übergroß werden und auf die Beziehung zum Kind durchschlagen kann (BAER ZRP 1989, 344, 345; FTHENAKIS in: REMSCHMIDT [Hrsg] S 36, 39 f; ZENZ-SALGO, Diskriminierung S 20, 34). Die rechtliche Einbeziehung auch des sonst nichtsorgeberechtigten Elternteils in die Sorgezuständigkeit ist geeignet, dessen *Verantwortungsgefühl* für das Kind zu aktivieren (BAER aaO; vgl JOPT FamRZ 1987, 875, 884). Weiterhin kann das gemeinsame Sorgerecht die *Befriedung* der familiären Konflikte fördern und Umgangsstreitigkeiten ersparen (OLG Bamberg FamRZ 1988, 752; DITZEN FamRZ 1987, 239 f; JOPT FamRZ 1987, 875, 885; gegen eine Überschätzung

des Befriedigungseffektes allerdings WALLERSTEIN-BLAKESLEE, Gewinner S 321 f). Es eröffnet der Familie Perspektiven für eine *Neuorganisation*, für einen konstruktiven Fortbestand statt des Auseinanderfalls in „Trümmer“ (vgl. Rz 102; FTHENAKIS in: REMSCHMIDT [Hrsg] S 36, 44 f; JOPT FamRZ 1987, 875, 877 ff; LIDLE-HAAS S 26; RABAA S 28, 127 u öfter; THALMANN FamRZ 1984, 634, 637; skeptisch BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445 ff).

Ergebnis: Sowohl die negativen wie die positiven Argumente bezeichnen stets nur **163** *Wirkungsmöglichkeiten* des gemeinsamen Sorgerechts. Ob sich diese Gestaltung zum Wohle des Kindes auswirkt, hängt vom Einzelfall ab; ob sie in der Mehrzahl der praktischen Fälle dem Kindeswohl dient, ist bislang ebensowenig erforscht wie die einzelnen Faktoren, die bei Anordnung des gemeinsamen Sorgerechts und bei seiner späteren Ausübung notwendig oder auch nur förderlich sind (LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 36 ff; LIMBACH-Studie S 45, 75 f). Fest steht jedoch, daß das gemeinsame Sorgerecht in geeigneten Fällen die für das Kind schonendste und ihm förderlichste Sorgerechtsform sein kann und konzeptionell der Alleinsorge überlegen ist. Wenn – wie neue empirische Feststellungen nahelegen – das gemeinsame Sorgerecht oft mit dem Preis unerfüllbarer *Wiederversöhnungswünsche* der Kinder verbunden ist (BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 447, 452 ff mwN), so sind diese Wünsche zunächst einmal Ausdruck und Beleg für fortbestehende positive Beziehungen der Kinder zu beiden Eltern und deren erfolgreiche Kooperation. Weitergehende Aussöhnungshoffnungen der Kinder sind in der Tat der Preis, den Scheidungskinder zahlen müssen, weil ihnen die Eltern die beste Lösung, die harmonische Familieneinheit, vorenthalten. Abbau der Kontakte zu einem Elternteil (mit entsprechendem Abbau der Versöhnungshoffnungen, vgl. BALLOFF-WALTER 453) ist jedoch keine akzeptable Alternative; dies hieße, wegen der Nachteile der zweitbesten Lösung die drittbeste vorzuziehen.

Aus dieser rechtspolitischen Bewertung ergeben sich neben der verfassungsrechtlich gebotenen, grundsätzlichen Zulässigkeit des gemeinsamen Sorgerechts weitere rechtliche Folgerungen.

c) Rechtlicher Stellenwert des gemeinsamen Sorgerechts

164

Die rechtliche Diskussion ist von dem anhaltenden Streit darüber geprägt, ob das gemeinsame Sorgerecht als **Regel** oder als **Ausnahme** anzusehen sei. Teilweise überschneidend erörtert wird ihre Einstufung als gleichberechtigte, nachrangige oder gar vorrangige Entscheidungsalternative.

Im Streit um das Regel-Ausnahme-Verhältnis wird nicht immer klar, ob die rechtliche oder die statistische Ebene gemeint ist (zB SOERGEL-STRÄTZ Rz 19: gemeinsames Sorgerecht „Ausnahmefall“; andererseits: Bindung des FamG an entsprechenden Elternvorschlag; undifferenziert auch BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 446, 448). Nur von der statistischen Häufigkeit hat das BVerfG gesprochen, als es im Hinblick auf eine mögliche „Sogwirkung“ des gemeinsamen Sorgerechts dem Gesetzgeber anheimstellte, durch Regulierung sicherzustellen, daß diese Sorgerechtsform „die Ausnahme bleibt“ (FamRZ 1982, 1179, 1184; wie hier HINZ ZfJ 1984, 529, 531). Für die Einzelfallentscheidung des FamG ist dieser Aspekt hingegen völlig unerheblich, hier interessiert nur der **rechtliche** Stellenwert. Diese Frage ist eng verknüpft mit der weiteren, ob einem auf gemeinsames Sorgerecht gerichteten Elternvorschlag die (eingeschränkte) Bindungswirkung des Abs 3 S 1 zukommt.

aa) Das rechtliche Gewicht der Vereinbarung gemeinsamen Sorgerechts

165

Wann die gemeinsame Sorge im Einzelfall rechtlich vorrangig ist, ergibt sich aus dem Bundesverfassungsgerichtsurteil: Ist beim Vorliegen der dort genannten Vor-

aussetzungen (Rz 169, 171) der *Gesetzgeber* verfassungsrechtlich gezwungen, das gemeinsame Sorgerecht zu ermöglichen, so kann im entsprechenden Einzelfall das *FamG* den Eltern nicht entgegenhalten, die Alleinsorge sei „ebenso gut“ und deshalb als Regelfall anzuordnen – der Vorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts könne sich nur durchsetzen, wenn er positiv als beste Lösung nachgewiesen sei (so AG Arnsberg FamRZ 1985, 424 f; FamRZ 1986, 1145; ähnl wohl auch KG FamRZ 1989, 654; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 274). Grundrechte wie das Eltern- und Kindesrecht, die das gemeinsame Sorgerecht fordern, binden nicht nur den Gesetzgeber, sondern auch die Gerichte als Teil der staatlichen Gewalt. Unter den vom BVerfG bezeichneten Voraussetzungen **muß** das FamG zugunsten gemeinsamen Sorgerechts entscheiden (MünchKomm-HINZ Rz 63, 67; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 81; iE auch OLG Bamberg FamRZ 1988, 752, 753; FamRZ 1987, 509, 510), seine Wächterfunktion beschränkt sich auf die Feststellung dieser Voraussetzungen. Die Regel-Ausnahme-Diskussion ist insoweit gegenstandslos (ähnl SCHWAB, Handbuch Rz III 94).

- 166** Eine andere Frage ist es, ob die familiengerichtliche Kontrolle bezüglich dieser Voraussetzungen nur eine eingeschränkte ist iSd Abs 3 S 1 wie bei „normalen“ Elternvorschlägen oder ob das Gericht entspr Abs 2 eine umfassende Prüfung anzustellen und sich eine positive Überzeugung von der Kindeswohlgemäßheit des Elternvorschlags zu bilden hat, bevor es die Belassung des gemeinsamen Sorgerechts anordnen darf. Die **eingeschränkte Kontrolle gem Abs 3 S 1** wird für richtig gehalten, wenn in diesem Zusammenhang das gemeinsame Sorgerecht als der Alleinsorge „*gleichwertige Alternative*“ bezeichnet wird (weil auf gemeinsames Sorgerecht oder Alleinsorge gerichtete Elternvorschläge die gleiche Kraft haben; FEHMELE FamRZ 1983, 971, 972; HINZ ZfJ 1984, 529, 531 f, 537; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 72; SCHÜTZ ZfJ 1987, 189, 193 f) oder als *rechtliche „Regel“* (weil bei Abs 3 S 1 die Bestätigung des Elternvorschlags die Regel, ein Abweichen die Ausnahme ist; AG Charlottenburg FamRZ 1983, 420 [m krit Anm LUTHIN]; LIDLE-HAAS S 26; RABAA S 56; vgl auch OLG Bamberg FamRZ 1988, 752, 753; FamRZ 1987, 509, 510; krit SCHÜTZ ZfJ 1987, 189, 193 f). Allerdings wird diese Konsequenz nicht immer erkannt (vgl SCHÜTZ aaO; nicht widerspruchsfrei auch LUTHIN aaO). Darüber hinaus wird die *rechtliche Bindung* gem Abs 3 S 1 auch unmittelbar thematisiert und *bejaht* (vorstehend AG Charlottenburg; FEHMELE; HINZ; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 68 f; ders FamRZ 1983, 420, 421; KG FamRZ 1983, 648; FamRZ 1983, 1055, 1057; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 28 f, 59 [unter Berufung auf Konsens als zentrales Strukturprinzip des Familienrechts]; LIMBACH-Studie S 80 ff, 82; LIDLE-HAAS S 26 ff; RABAA S 50; SCHWENZER, Status S 125; GÖPPINGER, Vereinbarungen Rz 618; SCHWAB, Handbuch Rz III 97).

Eine **richterliche Bindung** wird demgegenüber **abgelehnt**, wenn das gemeinsame Sorgerecht als *rechtliche „Ausnahme“* eingestuft wird (AG Arnsberg FamRZ 1985, 424, 425; FamRZ 1986, 1145; wohl auch KG FamRZ 1989, 654; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 274 [mit abweichenden Folgerungen]) oder als *nicht-gleichwertige*, weil tendenziell oder vermutlich Kindeswohlgefährdende Gestaltung (KNÖPFEL NJW 1983, 905, 908). Konsequenterweise verlangt diese Auffassung die *positive Prüfung und Überzeugung des FamG*, daß durch die gemeinsame Sorge der geschiedenen Eltern das Kindeswohl „am besten“ gewahrt sei (insbes AG Arnsberg aaO).

Eine **vermittelnde Auffassung** geht zwar grundsätzlich von einer richterlichen Bindung gem Abs 3 S 1 aus, hält diese aber für „gemindert“ und das FamG zu intensivierter Kontrolle verpflichtet im Hinblick auf die besonderen Voraussetzungen, die nach dem Urteil des BVerfG für das gemeinsame Sorgerecht zu fordern seien (KROPHOLLER NJW 1984, 271, 274 [entsprechend Elternvorschlägen auf Teil-

lung der Personen-/Vermögenssorge gem Abs 4 S 2, dazu o Rz 140, 141]; ders JR 1984, 89, 94 ff; ähnl schon AG Lübeck FamRZ 1982, 428 f). Wo die Grenze liegen soll zwischen einer (intensivierten) Negativkontrolle iSd Abs 3 S 1 und einer positiven Überzeugungsbildung des FamG, die rechtssystematisch nur in Abs 2 gefordert ist, wird dabei nicht immer deutlich (vgl die Äußerungen von LUTHIN FamRZ 1983, 420 f; FamRZ 1984, 114, 116; Gemeinsames Sorgerecht S 66).

Stellungnahme: Das BVerfG (s Rz 14) hat die positiven Wirkungschancen des **167** gemeinsamen Sorgerechts für das Kind festgestellt und, darauf aufbauend, die grundrechtliche Position von Kind und Eltern betont, die bei einem Vorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts zu beachten ist. Die Abwehr der mit diesem Konzept potentiell verbundenen Gefahren für das Kindeswohl hat das BVerfG den Gerichten und (ggf) dem Gesetzgeber überlassen. Auch wenn das BVerfG dabei von einer besonders „eingehenden richterlichen Prüfung des Einzelfalls“ spricht (FamRZ 1982, 1179, 1182, 1184 li Sp) und die „Überzeugung des Richters“ voraussetzt, „daß die Ehegatten die Pflege und Erziehung ihres Kindes weiterhin, wenn auch in einer durch die Scheidung modifizierten Form gemeinschaftlich zum Wohle des Kindes wahrnehmen können“ (1184, re Sp), so verlassen diese Äußerungen nicht den Funktionsbereich der richterlichen Gefahrenabwehr. *Zuvor* nämlich hat das BVerfG den übereinstimmenden Wunsch der Eltern nach fortbestehender gemeinsamer Elternverantwortung an die Spitze seiner Erörterungen gestellt und demgegenüber das staatliche Wächteramt auf die Prüfung beschränkt, ob „im übrigen keine Gründe vor(-liegen), die im Interesse des Kindeswohls die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil angezeigt erscheinen lassen“ (1182 re Sp). Die Verpflichtung der Gerichte auf eine gewissenhafte Wahrnehmung dieses Wächteramts richtet sich gegen eine floskelhaft entleerte, mittels Textbausteinen standardisierte „Erforderlichkeitskontrolle“ iSv Abs 3 S 1, wie sie zT üblich geworden ist (vgl LIMBACH-Studie S 35 [aber S 36 f: trotz formelhafter Begründung des Ergebnisses oft sorgfältige Prüfung im Verfahren]; LIDLE-HAAS S 30 f; MAGNUS-DIETRICH FamRZ 1986, 416, 418). Von einer notwendigen „positiven Überzeugung“ des Richters, daß das gemeinsame Sorgerecht die im Einzelfall „beste“ Lösung sei, ist hingegen nirgends die Rede, sie widerspräche dem rechtlichen Grundansatz des BVerfG (vgl SCHWAB, Handbuch Rz III, 13, 15, 99). Darüberhinaus fehlen empirische Belege für die These, daß das Konzept der gemeinsamen Sorge inhärent gefährlich und kindeswohlwidrig sei, die Rechtstatsachen haben entsprechende Befürchtungen nicht bestätigt.

Das gemeinsame Sorgerecht muß deshalb, bis zum Nachweis des Gegenteils, der Alleinsorge insoweit gleichgestellt werden, als seine Vereinbarung durch die Eltern ebenfalls **Bindungswirkung gem Abs 3 S 1** auslöst. Weder Kindeswohl noch Elternrecht rechtfertigen eine andere Entscheidung, und der Gesetzeswortlaut liefert keinen Anhaltspunkt für die Zulässigkeit einer Differenzierung zwischen den Elternvorschlägen (die geplante gesetzliche Regelung [Rz 160] soll insoweit Klarheit schaffen, vgl STREMPER S 15; BT-Drucks 11/6002 S 3). Das gilt auch für die Vorstellung einer „abgeschwächten“ Bindung (Rz 166), bei der eine Vermengung faktischer Befolgungsbereitschaft durch den Richter und rechtlicher Eingriffshürde zugrundeliegt. Die gebotene Prüfung der besonderen Voraussetzungen des gemeinsamen Sorgerechts ist im vollen Umfang der Negativkontrolle gem Abs 3 S 1 zu integrieren, *abweichen* darf das FamG vom Elternvorschlag nur nach dem allgemeinen Erforderlichkeitsstandard dieser Vorschrift (dazu Rz 149).

168 bb) Folgerungen aus dem rechts- und sozialpolitischen Stellenwert des gemeinsamen Sorgerechts

Der übergeordnete rechts- und sozialpolitische Stellenwert des Konzepts gemeinsamer Sorgeverantwortung nach Scheidung ist bereits dargelegt worden (Rz 26, 41). Hieraus ergeben sich Folgerungen für das FamG, die über die vorstehend erörterte rechtsdogmatische Einordnung des Elternvorschlags hinausgehen. Die aus dem *Verhältnismäßigkeitsprinzip* fließende Pflicht des Staates, vor Eingriffen zunächst alle Unterstützungs- und Förderungsmöglichkeiten zugunsten familienautonomer Konfliktlösung auszuschöpfen, bezieht sich nicht nur auf die Förderung elterlicher Einigung als solcher (Rz 24, 25, 133), sondern auch inhaltlich auf eine möglichst gemeinschaftliche, kooperationsgetragene Gestaltung der künftigen Sorgerechtsverhältnisse (Rz 26). Nicht nur die *Familienrichter*, sondern *alle institutionell beteiligten Personen* (Jugendamt, Sachverständige, als „Organe der Rechtspflege“ auch Anwälte) haben sich diesem staatlichen Bemühen, wie es in § 17 KJHG sozialrechtlich festgeschrieben ist, einzugliedern. Eine derzeit verbreitete Tendenz in der richterlichen und anwaltlichen Praxis, die Möglichkeiten gemeinsamen Sorgerechts zu verschweigen oder sie den Parteien „auszureden“ (als rechtstatsächlicher Befund: LIMBACH-Studie S 49, 52; FINGER DRiZ 1985, 91, 95; MAGNUS-DIETRICH FamRZ 1986, 416, 419; als Aufforderung an die Praxis: LUTHIN FamRZ 1984, 114, 116), muß deshalb als rechtswidrig bezeichnet werden.

Zutreffend wird umgekehrt die **Verpflichtung** angenommen, **auf Einigung und Kooperation der Eltern hinzuwirken**, wo immer im Einzelfall tatsächliche Grundlagen hierfür erkennbar sind (OLG Bamberg FamRZ 1988, 752, 753; DICKMEIS ZfJ 1989, 57, 59; JOPT FamRZ 1987, 875, 883 [auch bez des psychologischen Sachverständigen]; vgl WENDL-KAMPMANN-WENDL S 244; PRESTIEN RdJ 1988, 431, 434 f; SCHWAB, Handbuch Rz III 96; zust offenbar LIMBACH ZfRSoz 1988, 155, 160; skeptisch LUTHIN FamRZ 1988, 753; zum rechtstatsächlichen Verhalten der Familienrichter LIMBACH-Studie S 49). Das Augenmerk des FamG hat sich also nicht erst auf die Frage zu richten, ob die Eltern einig und kooperationsbereit *sind*, sondern schon auf die Prüfung, ob sie es nur *potentiell sind* und welche Unterstützung ihnen insoweit gegeben werden kann (RÖSNER-SCHADE ZfJ 1989, 439, 440). Insofern ist zu beachten, daß sich nach bisheriger Erfahrung viele elterliche Vereinbarungen zugunsten gemeinsamen Sorgerechts erst während des Gerichtsverfahrens herausbilden (MAGNUS-DIETRICH FamRZ 1986, 416, 417). Daß umgekehrt aber auch kein *Druck* auf die Eltern zugunsten gemeinsamen Sorgerechts ausgeübt werden darf (SCHWAB, Handbuch Rz III 96), dürfte selbstverständlich sein.

2. Voraussetzungen

169 a) Allgemeines

Besondere Voraussetzungen des gemeinsamen Sorgerechts sind dem Gesetz nicht zu entnehmen, das Urteil des BVerfG v 3. 11. 1982 hat nur zum ersatzlosen Wegfall des Abs 4 S 1 geführt. Überwiegend werden dennoch der Urteilsbegründung auch die Voraussetzungen für das gemeinsame Sorgerecht entnommen. Dies ist im methodischen Ansatz verfehlt: Das BVerfG hatte nur die Frage zu beantworten, wann der gesetzliche Ausschluß des gemeinsamen Sorgerechts gegen das Grundgesetz verstößt, inwieweit also das Verfassungsrecht Ausnahmen vom generellen Verbot des Abs 4 S 1 fordert. Nachdem dieses Verbot wegen seiner Ausnahmslosigkeit gefallen ist, stellt sich die ganz andere Frage, unter welchen Umständen das gemeinsame Sorgerecht sinnvollerweise zuzulassen ist. Verfassungsrechtliche Gebotenheit und rechtspolitische Zweckmäßigkeit sind verschiedene Maßstäbe.

Solange der Gesetzgeber nicht gesprochen hat, **gilt für das gemeinsame Sorgerecht 170 das allgemeine Regelungssystem des § 1671**. Dies bedeutet: Herrschaft des Kindeswohlprinzips mit eingeschränktem Bestimmungsvorrang der Eltern bei übereinstimmendem Vorschlag. Die Frage nach den Voraussetzungen des gemeinsamen Sorgerechts kann nur gerichtet sein auf *Konkretisierungshilfen für die Familiengerichte hinsichtlich des Kindeswohls* gerade bei dieser Sorgerechtsgestaltung. Die Suche nach „besonderen Voraussetzungen“ rechtfertigt sich dabei aus der Erwägung, daß (anders als bei der Alleinsorge) beim gemeinsamen Sorgerecht *beide* Eltern erziehungsgeeignet und zur gemeinschaftlichen Sorgewahrnehmung in der Lage sein müssen – eine für geschiedene Gatten nicht selbstverständliche Fähigkeit.

Wegen der gemeinschaftlichen Sorgezuständigkeit drohen bei späterem Elternstreit auch eher Gefahren für das Kindeswohl als bei Alleinzuständigkeit eines Elternteils (vgl. OLG Bamberg FamRZ 1987, 509, 510: Risiko bei Fehlentscheidung höher).

Gesetzessystematisch sind diese „Voraussetzungen“ mangels einer positiven Regelung aber nur der **Kindeswohlkontrolle nach Abs 3 S 1** zu integrieren (Rz 167). Eine Anlehnung an die vom BVerfG hervorgehobenen Gesichtspunkte (elterliche Einigkeit, beiderseitige Erziehungsfähigkeit, Kindeswohlverträglichkeit) ist dabei verständlich und zulässig, solange nur die unterschiedliche Fragestellung bewußt bleibt (in diesem Sinne MAGNUS-DIETRICH FamRZ 1986, 416; LIMBACH-Studie S 9 Fn 2; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 25 ff; KROPHOLLER JR 1984, 89, 96).

Dem Urteil der BVerfG wird vielfach noch eine **vierte Voraussetzung** entnommen: **171** Das FamG müsse die Überzeugung erlangen, daß die Eltern die Sorge für das Kind weiterhin gemeinschaftlich zum Wohle des Kindes wahrnehmen könnten (KG FamRZ 1983, 1055, 1057; OLG Frankfurt FamRZ 1983, 758, 759; DÖRR NJW 1989, 690, 691 f; FINGER DRiZ 1985, 91, 92; KNÖPFEL NJW 1983, 905, 907; KROPHOLLER JR 1984, 89, 94; MAGNUS-DIETRICH FamRZ 1986, 416; PULS ZfJ 1984, 8, 12; SCHMIDT-RÄNTSCH FamRZ 1983, 17; SCHWENZER, Status S 124). Zu diesem Satz aus dem Bundesverfassungsgerichtsurteil ist bereits Stellung genommen worden (Rz 164 f). Er gehört in einen ganz anderen Begründungszusammenhang des Urteils als die zu dessen Eingang aufgezählten drei Grundvoraussetzungen (HINZ ZfJ 1984, 529, 533; MünchKomm-Hinz Rz 72; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 79). Als „vierte Voraussetzung“ wurde die „richterliche Überzeugung“ erstmalig in einer parlamentarischen Antwort des BMJ aufgeführt (KLEIN in: Verh des Deutschen Bundestags, Sten Ber 9/129 S 7971 f) und seitdem (über SCHMIDT-RÄNTSCH aaO) kritiklos tradiert. Der Zusammenhang mit den Fragen der richterlichen Bindung gem Abs 3 S 1 und der negativen oder positiven Kindeswohlkontrolle wird oft nicht bemerkt (LIMBACH-Studie S 56 ff). Die sogenannte „vierte Voraussetzung“ enthält keine neuen sachlichen Aussagen und ist, wie dargelegt, vom BVerfG nicht als eigenständige Voraussetzung, sondern als Ermahnung gemeint, die nach Abs 3 S 1 gebotene Kontrolle ernst zu nehmen. Es wäre auch merkwürdig, wenn neben sachlichen Kriterien als weiteres Tatbestandsmerkmal aufgeführt würde, der Richter müsse von deren Vorliegen auch überzeugt sein (iE ebenso HINZ und JAEGER aaO; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 64 f [unter Aufgabe früherer Äußerungen]; SCHWAB, Handbuch Rz III 92 f).

b) Übereinstimmender Elternvorschlag

172

Gemeinsames Sorgerecht der Eltern kann nach allgemeiner Auffassung nur dann gedeihlich für das Kindeswohl sein, wenn die geschiedenen Ehegatten bereit sind, als **Eltern** weiterhin zusammen Verantwortung für das Kind zu tragen und auszuüben. Im einzelnen muß unterschieden werden zwischen ihrer **sachlichen Einigkeit und Kooperationswilligkeit** einerseits und einem entsprechenden Elternvorschlag

andererseits. Nach ganz herrschender Auffassung (zur Gegenauffassung Rz 173) soll ein **übereinstimmender Elternvorschlag** iSv Abs 3 S 1 unabdingbare Voraussetzung für die Anordnung gemeinsamen Sorgerechts sein (OLG Bamberg FamRZ 1987, 509, 510; OLG Frankfurt FamRZ 1983, 758, 759; OLG Hamm FamRZ 1988, 753, 754; KG FamRZ 1989, 654 [im Prinzip]; BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 454; HINZ ZfJ 1984, 529, 532; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 65; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 26; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 274; MAGNUS-DIETRICH FamRZ 1986, 416, 419; SCHWENZER, Status S 124; SIMITIS, FS Müller-Freienfels [1986] 579, 612). Auch nur einseitiges Abrücken vom Elternvorschlag, möglicherweise erst in der Beschwerdeinstanz, nehme dem gemeinsamen Sorgerecht die Grundlage (OLG Bamberg aaO). Die Belassung des gemeinsamen Sorgerechts bei uneinigen Eltern hieße, den Elternstreit gerade auch zu Lasten der Kinder zu perpetuieren (vgl. WALLERSTEIN-BLAKESLEE, Gewinner S 321 f; LIMBACH-Studie S 82 [„keine fürsorgliche Bevormundung widerspenstiger Eltern“]; s auch OLG Bamberg FamRZ 1987, 509, 511 [„grobe Gefährdung des Kindeswohls“]).

- 173** Vereinzelt wird jedoch erwogen, ob gemeinsames Sorgerecht nicht auch einmal **ohne Elternvorschlag** in Betracht komme, also gem Abs 2 angeordnet werden könne (OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284; OLG Karlsruhe FamRZ 1987, 89; DICKMEIS ZfJ 1989, 57, 59 f; KROPHOLLER JR 1984, 89, 94). Stets wird jedoch auch hier vorausgesetzt, daß die Eltern sachlich einig sind und kooperieren. Ist dem im Einzelfall aber wirklich so, dann müßte es mit richterlicher Unterstützung möglich sein, die Eltern zu einem übereinstimmenden Vorschlag zu bewegen. Gelingt dies nicht, reicht die Gemeinsamkeitsbasis der Eltern offenbar doch nicht aus, gemeinsames Sorgerecht scheidet aus.

Dennoch bleiben Fälle denkbar, in denen auch im Rahmen von Abs 2 zugunsten gemeinsamen Sorgerechts entschieden werden könnte: Wenn beide Eltern dies wollen, ihr Vorschlag aber durch abweichenden Kindesvorschlag gem Abs 3 S 2 entkräftet worden ist (vgl. MünchKomm-HINZ Rz 74), oder wenn ein Elternteil vorzugsweise die Alleinsorge begehrt, aber zu erkennen gibt, daß er hilfsweise auch zur gemeinsamen Sorgerechtsausübung bereit ist (vgl. KROPHOLLER JR 1984, 89, 94). Im Gegensatz zu Abs 3 S 1 muß das Gericht hier aber zu der Überzeugung gelangen, daß das gemeinsame Sorgerecht die im Lichte des Kindeswohls (unter Berücksichtigung des Kindeswiderspruchs oder der Präferenz eines Elternteils für Alleinsorge) allen anderen Gestaltungen überlegene Lösung ist.

Inhaltlich muß der Elternvorschlag gerichtet sein auf Gemeinsamkeit in der Rechts- und Pflichtstellung (zu der faktischen Ausgestaltung Rz 179).

174 c) Kindeswohlprüfung

aa) Grundsätzliches

Die Kindeswohlprüfung ist rechtssystematischer Ansatzpunkt der richterlichen Kontrolle überhaupt, sie umfaßt auch die vom BVerfG hervorgehobenen Gesichtspunkte der Kooperationswilligkeit und gemeinsamen Erziehungsfähigkeit der Eltern (vgl. Rz 167, 170). Sie ist entspr Abs 3 S 1 auf die Prüfung beschränkt, ob Gründe des Kindeswohls ein Abweichen vom Elternvorschlag zugunsten elterlicher Alleinsorge erforderliche machen („**Negativkontrolle**“, Rz 167; anders bei Entscheidung nach Abs 2, s Rz 174). Dies bedeutet jedoch nicht, daß nur *gegen* das gemeinsame Sorgerecht sprechende Gesichtspunkte zu beachten wären, auch positive Indizien für die Tragfähigkeit der Verabredung sind zu berücksichtigen.

- 175** Auf jeden Fall ist, im Gegensatz zur Praxis bei Elternvorschlägen zugunsten eines Elternteils, eine **sorgfältige richterliche Prüfung** erforderlich (vgl. BVerfG FamRZ

1982, 1179, 1184). Die besondere Sorgfalt hat sich auf die **spezifischen Probleme und Gefahren** einer Verabredung gemeinsamen Sorgerechts zu beziehen, die sich aus der Scheidungssituation sowie aus dem Kooperationszwang für zwei Partner ergeben, deren Gemeinsamkeit im persönlichen Bereich gescheitert ist. Diese besonderen Prüfungspunkte sind Kooperationswilligkeit (bb) und Erziehungsfähigkeit der Eltern (cc), hinzu treten einzelne Kindeswohlaspekte (dd).

Darüber hinaus gibt der Elternvorschlag jedoch weder Anlaß noch Berechtigung, die Persönlichkeit der Eltern und ihre Beziehungen inquisitorisch zu erforschen (so aber AG Arnsberg FamRZ 1986, 1145, 1148; BERES DAVorm 1983, 16, 17; KNÖPFEL NJW 1983, 905, 908; KROPHOLLER JR 1984, 89, 96; wohl auch LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 66; dagegen LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 25 f, 59 ff). Weder das Urteil des BVerfG noch die bisher festgestellten Rechtstatsachen bieten eine Grundlage dafür, das gemeinsame Sorgerecht als „vermutlich kindeswohlwidrig“ oder den Elternvorschlag als „vermutlich unseriös“ einzustufen und deshalb die Eltern einer Perfektionskontrolle zu unterwerfen, die auch sonst nicht stattfindet und auf verfassungsrechtliche Bedenken stößt (nach den vom AG Arnsberg aaO angelegten Maßstäben wäre die Mehrzahl aller Eheleute in Deutschland erziehungsunfähig).

bb) Kooperationswilligkeit der Eltern

176

Zum formellen Erfordernis des übereinstimmenden Vorschlags (Abs 3 S 1) muß als sachliche Basis im Lichte des Kindeswohls die elterliche **Kooperationswilligkeit** treten (LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 26) – das allgemeine Kriterium der Übernahmebereitschaft (Rz 83) ist hier nicht nur *beidseitig* notwendig, sondern muß sich gerade auch auf die *gemeinschaftliche* Wahrnehmung richten (abw KG FamRZ 1983, 1055, 1057). Elternvorschläge sind insoweit auf ihre Seriosität und Tragfähigkeit zu prüfen (FINGER DRiZ 1985, 91, 95). Hier liegt ein Schwerpunkt der Bedenken, die im Vorfeld des Bundesverfassungsurteils gegen das gemeinsame Sorgerecht vorgetragen worden sind. Das BVerfG hat sie auch ernst genommen und ihre Abwehr der richterlichen Verantwortung überwiesen (FamRZ 1982, 1179, 1183 f; vgl dementsprechend OLG Bamberg FamRZ 1987, 509, 511).

Möglich sind insoweit bloße *Schein-Einigkeit*, bei der die vorgeschlagene Gemeinsamkeit nur Ausdruck von Einigungsunfähigkeit ist (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1183; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 26; COESTER EuGRZ 1982, 256, 263). Ferner kann die Einigung auf *Druck des überlegenen Partners* zustande gekommen sein und nicht der Überzeugung des anderen Teils von der besten Kindeswohlwahrung entsprechen (BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 64 f; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 82; KLUSSMANN FamRZ 1982, 118, 122). Das Kind ist möglicherweise bloßes *Handelsobjekt* bei der elterlichen Auseinandersetzung gewesen (HINZ ZfJ 1984, 529, 536; COESTER EuGRZ 1982, 256, 263), auch kann der *Wunsch nach schneller Scheidung* im Vordergrund gestanden haben (vgl § 630 Abs 1 Ziff 2 ZPO; LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 26). Zu Nachforschungen in dieser Hinsicht besteht besonderer Anlaß, wenn das Kind die bisherige elterliche Betreuung und Erziehung anders darstellt als die Eltern selbst in ihrer Vorschlagsbegründung (OLG Bamberg FamRZ 1987, 509, 511).

cc) Erziehungs- und Kooperationsfähigkeit der Eltern

177

Neben den Willen zum gemeinsamen Sorgerecht muß die **Fähigkeit** zu seiner kindeswohlgerechten Wahrnehmung treten. Sie umfaßt zunächst die beiderseitige, **individuelle Erziehungsseignung**, darüber hinaus aber auch die Fähigkeit zu gemeinschaftlicher Erziehung, insbesondere die **Kooperationsfähigkeit**.

Hinsichtlich der **persönlichen Erziehungsfähigkeit** gelten beim gemeinsamen Sorgerecht kaum Besonderheiten über den Umstand hinaus, daß sie *beiderseits* vorliegen muß (vgl Rz 71 ff). Es müssen nicht unbedingt beide Elternteile „voll erziehungsfähig“ sein, wie im Anschluß an das BVerfG regelmäßig vertreten wird (vgl BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182; für die hM MünchKomm-Hinz Rz 69 mwN; dagegen SCHWAB, Handbuch Rz III 99). Defizite auf der einen oder anderen Seite sind unschädlich, wenn sie durch die gemeinsame Sorgerechtsausübung ausgeglichen werden (FTHENAKIS in: REMSCHMIDT [Hrsg] S 36, 51 Fn 80). Bei gänzlich mangelnder Eignung eines Teils scheidet gemeinsames Sorgerecht allerdings aus (OLG Bamberg FamRZ 1988, 752, 753). Wie bei der Alleinsorge wird das Gericht über die persönliche Eignung nur insoweit Nachforschungen anzustellen haben, als negative Eigenschaften erkennbar geworden sind (gegenseitiges Bestreiten der Erziehungseignung beseitigt schon die notwendige Kooperationsbasis, vgl LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 25 f, 59 ff).

- 178** Neben der individuellen muß auch die **gemeinsame Erziehungsfähigkeit** vorliegen. Sie kann zweifelhaft sein, wenn die konkrete Gefahr besteht, daß das Kind die Eltern gegeneinander ausspielt und damit ihren jeweiligen Erziehungseinfluß unterläuft (vgl OLG Karlsruhe FamRZ 1987, 89, 90; LIMBACH-Studie S 43 [spätere Änderung in Alleinsorge]). Besonderes Augenmerk gebührt im übrigen der **Kooperationsfähigkeit**, die das Gericht auch bei Bekundung des Kooperationswillens nicht ohne weiteres unterstellen darf (LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 51). Sie kann fraglich sein bspw bei starken persönlichen Spannungen (OLG Bamberg FamRZ 1988, 753, 754; KG FamRZ 1989, 654), die sich auch in Umgangs- oder Sorgestreitigkeiten während der Trennungszeit ausgedrückt haben können (KG aaO; OLG Hamm FamRZ 1988, 753, 754), oder bei offenkundig unausgebalancierten Machtverhältnissen zwischen den Ehegatten (OLG Karlsruhe FamRZ 1987, 89, 90). Gleiches gilt, wenn erheblich unterschiedliche Erziehungskonzeptionen der Eltern deutlich werden (OLG Hamm FamRZ 1988, 753, 754; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 66), insbes wenn sie mit zur Zerrüttung der Ehe beigetragen haben (FTHENAKIS in: REMSCHMIDT [Hrsg] S 36, 51 Fn 83). Kooperationsfähigkeit fehlt auch, wenn sie nur mittels begleitender Dauerberatung aufrechterhalten werden könnte (LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 58 f), während der Umstand, daß erst Beratung und Unterstützung durch soziale Institutionen (vgl § 17 KJHG) oder das Gericht die Eltern zur Vereinbarung des gemeinsamen Sorgerechts gebracht haben, nichts gegen die künftige Kooperationsfähigkeit besagt (LUTHIN S 58; BT-Drucks 11/5948 S 58: gemeinsames Konzept ohne fachliche Hilfestellung oft nicht möglich). Möglicherweise zeichnen sich die mit professioneller Hilfe erarbeiteten Arrangements eher durch besondere Haltbarkeit aus (zum „Sorgerechtsplan“ und zur bisherigen Praktizierung der gemeinsamen Sorge s Rz 183). Keine sachliche Voraussetzung oder auch nur ein Kriterium der Kooperationsfähigkeit ist ein „gehobenes intellektuelles Niveau“. Zwar sind höher gebildete Eltern in den bisher entschiedenen Fällen überrepräsentiert (Rz 161), aber auch in vielen Arbeiterfamilien wurde das gemeinsame Sorgerecht zugesprochen (ca 10 Prozent aller Fälle, LIMBACH-Studie S 27 ff). Nicht das statistische Bild kann im übrigen entscheidend sein, sondern nur die erkennbare Verständigungsfähigkeit der Eltern im Einzelfall, die nicht primär eine intellektuelle Leistung ist (LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 62; vgl SCHWAB, Handbuch Rz III 99; abw wohl LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 56 f).

179 dd) Sonstige Kindeswohlaspekte

Zu den beim gemeinsamen Sorgerecht besonders zu prüfenden Gesichtspunkten gehört vor allem die **faktische Betreuungssituation**, die die Eltern für die Zukunft planen. Aus der Sicht des *Kindes* ist diese entscheidender als die rechtliche Ausge-

staltung (FTHENAKIS FamRZ 1985, 662, 671; ders FamRZ 1988, 579 f). Das gemeinsame *Sorgerecht* konstituiert nur den rechtlichen Rahmen, die fortbestehende gemeinsame Kompetenz der Eltern, die Pflege und Erziehung ihrer Kinder weiterhin nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen zu gestalten. Der Elternvorrang gegenüber staatlicher Einmischung besteht *nach* der Sorgerechtsentscheidung grundsätzlich in gleichem Umfang wie bei bestehender Ehe (Art 6 Abs 2 S 1 GG; § 1666 BGB). Um so mehr besteht Anlaß, bei der familiengerichtlichen Entscheidung gem Abs 3 S 1 darauf zu achten, ob die elterlichen Vorstellungen zuträgliche künftige Lebensbedingungen für das Kind erwarten lassen (zum „Sorgerechtsplan“ Rz 183). Typische Gestaltungen sind das „**Residenzmodell**“ (das Kind wohnt überwiegend bei einem Elternteil, der schwerpunktmäßig die tatsächliche Personensorge wahrnimmt; der andere Elternteil hat häufig Umgang mit dem Kind und wirkt an wichtigen Entscheidungen mit), das „**Pendelmodell**“ (das Kind wechselt in periodischen Abständen zwischen den elterlichen Haushalten hin und her, die grundlegenden Entscheidungen treffen die Eltern gemeinsam, im übrigen der Obhuts-Elternteil) und das „**Nestmodell**“ (die Kinder wohnen ständig im selben Haushalt, die Eltern wechseln sich in der Betreuung ab).

Das „*Residenzmodell*“ steht statistisch mit Abstand im Vordergrund (LIMBACH-Studie S 25 f; BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 451). Gegen das gemeinsame Sorgerecht in diesen Fällen wurde vorgebracht, die rechtliche Entscheidungskompetenz müsse allein demjenigen Elternteil zustehen, der die Person und Bedürfnisse des Kindes aus täglicher Erfahrung genau kenne (vgl OLG Hamm FamRZ 1987, 745, 747). Alleinsorge mit Umgangsrecht sei hier allein angemessen (KNÖPFEL NJW 1983, 905, 908). Dies gelte insbes bei weiter räumlicher Entfernung der elterlichen Wohnungen voneinander (FEHMEL FamRZ 1980, 758; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 61, 66). Andererseits wird das Residenzmodell im *Kontinuitätsinteresse* des Kindes sogar für besonders günstig gehalten (LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 59 f; ähnl OLG Karlsruhe FamRZ 1987, 89 f; HINZ ZfJ 1984, 529, 535), und auch *weite räumliche Entfernung* wird nicht als Hindernis für eine echte, dem Kindeswohl förderliche Mitverantwortung der Eltern angesehen (OLG Celle FamRZ 1985, 527; KG FamRZ 1983, 1055, 1058; AG Arnsberg FamRZ 1986, 1145, 1148; HINZ aaO; FTHENAKIS, Gutachten S 52; ders in: REMSCHMIDT [Hrsg] S 36, 43; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 84).

Problematisch im Hinblick auf die notwendige Kontinuität der Lebensbedingungen erscheinen eher *Pendelarrangements* (dazu näher COESTER EuGRZ 1982, 256, 260 f; zu negativen Erfahrungen s LIMBACH-Studie S 43, 72 ff). Insbesondere bei älteren Kindern verdrängt der Wunsch nach Kontinuität und ungestörtem Kontakt zu Gleichaltrigen den nach häufigem und zeitintensivem Kontakt mit beiden Elternteilen (BALLOFF-WALTER FamRZ 1990, 445, 452 mwN).

Insgesamt müssen jedoch pauschale Bewertungen ausscheiden, als wesentlich zu berücksichtigen sind stets die konkreten Lebensumstände des Kindes, das beiderseitige Engagement der Eltern, die Möglichkeit zu gemeinsamer Elternverantwortung sowie ihr Wert aus der Sicht des Kindes (OLG Celle FamRZ 1985, 527; FIGDOR, Brühler Schriften Bd 6 [1990] S 21 ff, 36).

Zentrale Bedeutung kommt des weiteren der **Einstellung des Kindes** zu. Lehnt das **180** mindestens *14jährige Kind* den Elternvorschlag ab, kann das gemeinsame Sorgerecht bei der sodann gebotenen Entscheidung nach Abs 2 (iVm Abs 3 S 2) zwar dennoch angeordnet werden (Rz 174), dies aber allenfalls nach sorgfältiger Prüfung und Abwägung. Im Ergebnis kann nichts anderes gelten bei einer ablehnenden Haltung *jüngerer Kinder*, denen ein Gestaltungsrecht gem Abs 3 S 2 noch nicht zusteht. Dies gilt um so mehr, wenn das Kind Belastungen anführt, die nach

psychologischen Feststellungen objektiv begründet sind – etwa Verunsicherung und Störung der Lebensführung beim „Pendelmodell“ (Rz 179). Der Kindeswiderspruch nimmt dem Elternvorschlag weitgehend die Vermutung kindgerechter Lösung, so daß sich die richterliche Erforderlichkeitsprüfung nach Abs 3 S 1 sachlich eher an der Frage auszurichten hat, ob die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl (positiv) dient (weitergehend COESTER, Kindeswohl S 318 [insoweit nicht mehr aufrechterhalten]).

Wünscht umgekehrt auch das Kind die fortbestehende gemeinsame elterliche Sorge, wird hierdurch das Gewicht des Elternvorschlags wesentlich verstärkt, die richterliche Kontrolle wird zwar nicht überflüssig, aber entlastet (vgl KG FamRZ 1983, 1055, 1058; HINZ ZfJ 1984, 529, 536).

Für einen Grundsatz, wonach das gemeinsame Sorgerecht für Kleinkinder weniger geeignet sei (so SOERGEL-STRÄTZ Rz 19), fehlt es derzeit an einer tatsächlichen oder wissenschaftlichen Erfahrungsgrundlage.

- 181** Ein **neuer Partner** auf der einen oder anderen Elternseite bedeutet sicherlich eine Belastungsprobe für das elterliche Konzept. Dies ist aber keine Besonderheit des gemeinsamen Sorgerechts, bei Alleinsorge äußert sich die Problematik auf der Umgangs- oder Änderungsebene (vgl LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 61). Ist der neue Partner bekannt, muß ermittelt werden, ob er die fortdauernde Kooperation der Eltern zumindest nicht ablehnt oder ihr sonst entgegensteht (vgl KG FamRZ 1983, 1055, 1058 [dort positive Einstellung]). Die Möglichkeit neuer Partnerschaften ist im übrigen noch kein Grund, das gemeinsame Sorgerecht abzulehnen (KG FamRZ 1980, 821; LUTHIN aaO; vgl aber LIMBACH-Studie S 43: neue Partnerschaft *kann* im Einzelfall Auslöser elterlichen Streits und eines Änderungsverfahrens sein).

182 d) Erkenntnisquellen des Familiengerichts

Als Überzeugungsgrundlage für die unter c) aufgeführten Voraussetzungen des gemeinsamen Sorgerechts dienen den Familiengerichten regelmäßig die Anhörung der Eltern, des Kindes und der Bericht des Jugendamts (vgl LIMBACH-Studie S 59 [Richterbefragung], in Kontrast dazu jedoch die tatsächliche Praxis, S 37). Angesichts der gebotenen sorgfältigen Prüfung (Rz 175) sind diese Anhörungen sachgerecht, insbesondere sollte auch das Kind stets gehört werden (vgl Rz 180).

Eine wesentliche Erkenntnisgrundlage für das Gericht, die bei der Elternanhörung Thema sein sollte, ist die **praktische Bewährung** elterlicher Kooperation in der Vergangenheit. Eine partnerschaftliche Funktionsteilung schon *während bestehender Lebensgemeinschaft* ist Indiz für fortbestehendes beiderseitiges Engagement und Kooperationsbereitschaft, aber nicht Voraussetzung des gemeinsamen Sorgerechts: Der allein berufstätige Elternteil mochte während bestehender Ehe zu Recht auf die verabredete Rollenaufteilung vertrauen, kann sich jetzt aber veranlaßt sehen, sich stärker an der Kindeserziehung zu beteiligen, damit dem Kind wirklich beide Eltern erhalten bleiben (LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 62–64, gegen anderslautende Forderungen aus feministischer Sicht). Für die Praktizierung gemeinsamer Sorge *während der Trennungszeit* gilt das gleiche: Oft begehren die Eltern nur rechtliche Sanktionierung erfolgreicher Kooperation nach ihrer persönlichen Trennung (vgl OLG Celle FamRZ 1985, 527; KG FamRZ 1983, 1055; AG Lübeck FamRZ 1982, 428; AG Arnsberg FamRZ 1985, 424; FamRZ 1986, 1145; MAGNUS-DIETRICH FamRZ 1986, 416, 418), die Familiengerichte haben hier eine hervorragende Beurteilungsgrundlage für elterliche Eignung und die Kindeswohlprüfung. Gemeinsame Bewährung in der Trennungszeit wird verbreitet als positives Indiz für auch künftige Kooperationsfähigkeit genommen (HINZ ZfJ 1984, 529, 536; KNÖPFEL NJW

1983, 905, 908; KROPHOLLER JR 1984, 89, 95; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 66; PULS ZfJ 1984, 8, 13; FTHENAKIS in: REMSCHMIDT [Hrsg] S 36, 51 Fn 83; unzulässig demgegenüber die Argumentation des AG Arnsberg FamRZ 1985, 424, 425: Die Eltern kämen offensichtlich auch freiwillig zurecht und brauchten das gemeinsame Sorgerecht nicht). *Unverzichtbare Voraussetzung* für das gemeinsame Sorgerecht ist die bisherige Praktizierung jedoch *nicht* (HINZ ZfJ 1984, 529, 536); gerade im Hinblick auf die Unterstützungs- und Förderungsleistungen des Jugendamts gem § 17 KJHG sowie entsprechende Bemühungen des Gerichts und anderer Beteiligter muß den Eltern die Möglichkeit einer Einigung erst im Scheidungsverfahren offengehalten werden. Allerdings wird die Ernsthaftigkeit des Elternvorschlags sorgfältiger Prüfung bedürfen, wenn sie die Sorge während der Trennungszeit nicht gemeinsam ausgeübt haben.

Gerade wenn es an bisheriger Praktizierung gemeinsamer Sorge fehlt, gewinnt der **Sorgerechtsplan** der Eltern an Bedeutung. Damit ist keine vertragsmäßige Festbeschreibung aller Einzelheiten der künftigen Kooperation gemeint, sondern ein die Grundkonzeption der Eltern und die Konturen der geplanten Durchführung hervortreten lassender gemeinsamer Entwurf. Vielfach legen die Eltern von sich aus dar, wie sie sich die tatsächliche Betreuung und Erziehung ihres Kindes künftig vorstellen. Das FamG kann einen derartigen „Sorgerechtsplan“ aber auch von den Eltern *fordern* als Beurteilungsgrundlage für die Kindeswohlprüfung. Diese Befugnis wird *de lege ferenda* für sinnvoll gehalten (LIMBACH, Gemeinsame Sorge S 65 f; LIMBACH-Studie S 79; STREMPER, Gemeinsame Sorge S 15; vgl KROPHOLLER JR 1984, 89, 95). Sie ergibt sich aber schon *de lege lata* aus dem staatlichen Wächteramt und den materiellen Voraussetzungen des gemeinsamen Sorgerechts iVm § 12 FGG (ähnl SCHWAB, Handbuch Rz III 109, wo zumindest Erörterungsbereitschaft der Eltern über ihre Vorstellungen verlangt wird). Ein Sorgerechtsplan erlaubt nicht nur eine Überprüfung der Seriosität des Elternvorschlags und der Kindeswohlaspekte, sondern trägt auch dem Einwand Rechnung, beim gemeinsamen Sorgerecht wüßten die Eltern oft nicht, „was auf sie zukommt“ (LUTHIN FamRZ 1984, 114, 116; KNÖPFEL NJW 1983, 905, 907). Haben die Eltern die gemeinsame Sorge bisher schon erfolgreich praktiziert, entfallen diese Gesichtspunkte – der *Sorgerechtsplan* erweist sich damit als (*unverzichtbare*) *Alternative zur praktischen Bewährung* elterlicher Sorgegemeinschaft nach der Trennung. Die Unverbindlichkeit des Sorgerechtsplans (Rz 186) steht seinem Erkenntniswert für das FamG nicht entgegen.

Die Heranziehung eines **Sachverständigen** ist bei übereinstimmendem Elternvorschlag regelmäßig nicht indiziert (Rz 210). Das gilt im Prinzip auch bei Beantragung gemeinsamen Sorgerechts, nur im Einzelfall können Zweifel über die Kooperationsfähigkeit der Eltern oder bestimmte Kindeswohlaspekte ein Gutachten rechtfertigen (dem entspricht die bisherige Gerichtspraxis, vgl LIMBACH-Studie S 37, 59). Eine umfassende psychologische Persönlichkeitserforschung der Eltern (so AG Arnsberg FamRZ 1986, 1145, 1148) scheidet schon aus Rechtsgründen aus (Rz 175).

3. Die richterliche Entscheidung

185

Der Tenor einer dem Elternvorschlag folgenden Entscheidung lautet nicht auf Übertragung, sondern auf **Belassung des gemeinsamen Sorgerechts**, weil die Eltern bis zur Scheidung ohnehin gemeinsam berechtigt waren (vorbehaltlich Sorgerechtsregelungen nach §§ 1672 oder 620 Abs 1 Nr 1 ZPO – in diesen Fällen wird gemeinsames Sorgerecht regelmäßig nicht in Frage kommen, vgl Rz 178; sonst müßte auch hier das Sorgerecht beiden Eltern übertragen werden). Dennoch hat die Entscheidung *rechtskonstitutive Bedeutung*, weil erst sie die Fortführung des ge-

meinsamen Sorgerechts nach Scheidung ermöglicht (HINZ ZfJ 1984, 529, 533; MünchKomm-HINZ Rz 16; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 74 f).

186 Die Entscheidung ist beschränkt auf die **Inhaberschaft des Sorgerechts**, die *faktische Gestaltung* ist der richterlichen Regelungsmacht *nicht zugänglich*. Zwar wird dies vereinzelt gefordert (LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 51, 61, 80; KROPHOLLER JR 1984, 89, 95), und auch die Eltern haben möglicherweise ein Interesse daran, daß das Gericht ihrem Sorgerechtsplan Verbindlichkeit verleiht, insbes hinsichtlich der Kompetenzverteilung im einzelnen und der vereinbarten Betreuungs- bzw Besuchszeiten. Richterlichen Regelungen steht insoweit aber der Elternprimat des Art 6 Abs 2 S 1 GG entgegen, die Eltern können auf ihre vorrangige Verantwortung auch nicht verzichten zugunsten staatlicher „Obervormundschaft“. Eine von ihnen ange-regte richterliche Regelung ist auch nicht analog § 623 Abs 3 S 2 ZPO zulässig (so aber KROPHOLLER aaO). Die Eltern müssen frei bleiben, die Kindesinteressen stets neu verantwortlich zu interpretieren und ihre Entscheidung ggf zu revidieren (KNÖPFEL NJW 1983, 905, 909; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 85), für ihren diesbezüglichen Einigungsprozeß gelten die allgemeinen Regeln (§§ 1627, 1628). Das Gericht muß aufgrund seiner Ermittlungen zu der Überzeugung gelangt sein, daß das beantragte gemeinsame Sorgerecht im Lichte des Kindeswohls unbedenklich ist. Hält es Ausübungsregelungen für notwendig, fehlt diese Überzeugung, und das gemeinsame Sorgerecht muß versagt werden – tertium non datur. Wünsche nach weitergehender Steuerungsmacht bei den Richtern (vgl LIMBACH-Studie S 79) sind verständlich, weil wohlmeinend, aber mit Art 6 GG nicht vereinbar. Bindende Regelungen tragen außerdem das Risiko künftigen Streits in sich.

187 Für die Sorgerechtsentscheidung gilt im übrigen der **Grundsatz der Unteilbarkeit** in dargestelltem Umfang (Rz 38, 42 ff). Eine **zeitliche Begrenzung** des gemeinsamen Sorgerechts (gewissermaßen als „Probezeit“, vgl KNÖPFEL aaO) ist unzulässig. Eine **sachliche Aufspaltung** ist im Rahmen des Abs 4 S 2 möglich – so kann die Personensorge beiden Elternteilen, die Vermögenssorge nur einem zustehen oder umgekehrt (KROPHOLLER NJW 1984, 271, 275). Vorschläge in diesem Sinne können aber ein Indiz sein, daß die elterliche Kooperationsbereitschaft insgesamt nicht in ausreichendem Maße vorhanden ist; das gilt verstärkt bei Erforderlichkeit einer Aufteilung gem Abs 4 S 2 ohne entsprechenden Elternvorschlag. Bei anderen Aufteilungen ist entsprechend den obigen Ausführungen (Rz 47, 48) noch mehr Zurückhaltung geboten (vgl MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 10 zur Aufspaltung von tatsächlicher Sorge und Vertretung; tendenziell anders LIMBACH-Studie S 79 zugunsten eines abgestuften Regelungsangebots gemeinsamer Sorge, das die Eltern „eher ermutigt, das ihnen jeweils mögliche Maß an Gemeinsamkeit anzustreben“). Unterschiedliche Regelungen für **Geschwister** sind denkbar, weil die Sorge für jedes Kind ein eigenständiger Verfahrensgegenstand ist (zur Geschwistertrennung Rz 112, 151). Alleinsorge für ein Kind bei gemeinsamer Sorge für die Geschwister kommt zB bei einem scheinehelichen Kind in Betracht (vgl LIMBACH-Studie S 23, zum scheinehelichen Kind Rz 77).

188 4. Folgewirkungen bei gemeinsamem Sorgerecht

Für die **Ausübung** des gemeinsamen Sorgerechts gelten wie bei bestehender Ehe §§ 1626 ff. Die Eltern müssen sich also (im Sorgerechtsplan und ggf stets neu) über anstehende Maßnahmen und ihre Funktionsverteilung einigen, § 1627; im Hinblick auf ihre getrennten Wohnsitze werden ausdrückliche gegenseitige Bevollmächtigungen sinnvoll sein, um die schwerfällige Gesamtvertretung (§ 1629 Abs 1 S 2) auszu-schalten. Bei Meinungsverschiedenheiten über wichtige Sorgeangelegenheiten ist

vormundschaftsgerichtliche Schlichtung gem § 1628 möglich (LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 77; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 85; MünchKomm-Hinz Rz 75; KROPHOLLER JR 1984, 89, 97; hierauf sollten die Familiengerichte zur Abwendung von Sorgerechtsänderungen hinweisen, vgl LIMBACH-Studie S 43). Häufige Anrufung des VormG indiziert aber mangelndes Funktionieren des gemeinsamen Sorgerechts, das VormG sollte die Sache in solchen Fällen an das FamG zwecks Prüfung einer Sorgerechtsänderung abgeben (vgl vorstehende Nachw). Bei Streit über **Aufenthalt und Besuche des Kindes** will man verbreitet § 1634 Abs 4 entsprechend anwenden (LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 77; SCHWAB, Handbuch Rz III 113; KNÖPFEL NJW 1983, 905, 909; KROPHOLLER JR 1984, 89, 97), zum Teil beschränkt auf die „Residenzmodelle“ (vgl Rz 179), also bei faktischem Aufenthalt des Kindes nur bei einem Elternteil (MünchKomm-Hinz § 1634 Rz 6; PESCHEL-GUTZEIT oben § 1634 Rz 139). Dabei ist jedoch zu beachten, daß § 1634 Abs 4 der Sache nach völligen Konsenszerfall der Eltern voraussetzt, während bei gemeinsamem Sorgerecht die Eltern grundsätzlich kooperationsfähig sein müssen. Auch kann nicht über § 1634 Abs 4 analog eine familiengerichtliche Regelungskompetenz begründet werden, die hinsichtlich der faktischen Sorgerechtsabhandlung idR gerade nicht besteht (Rz 186). Bei richterlicher Regelungsnotwendigkeit hinsichtlich des persönlichen Umgangs mit dem Kind ist die Basis des gemeinsamen Sorgerechts zerstört; familiengerichtliche Entscheidung analog § 1634 Abs 4 ist in diesem Fall zulässig, aber nicht als Hilfsregelung zur Aufrechterhaltung der gemeinsamen Sorge, sondern als *Interimslösung vor der notwendigen Sorgerechtsänderung*.

Bei **Tod** eines Elternteils ist der andere gem § 1681 Abs 1 S 1 allein berechtigt **189** (MünchKomm-Hinz Rz 75; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 85; KROPHOLLER JR 1984, 89, 97; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 78). § 1681 Abs 1 S 2 ist auf die Alleinsorge nach Scheidung zugeschnitten und paßt nicht; Gefährdungen des Kindeswohls im Einzelfall ist über §§ 1666 oder 1632 Abs 4 zu begegnen. Entsprechendes gilt bei tatsächlicher Verhinderung eines Elternteils oder bei Ruhen seines Sorgerechts (§ 1678 Abs 1 HS 1, nicht Abs 2).

Besonderheiten ergeben sich in **Unterhaltsfragen**. Beim **Kindesunterhalt** vertritt der **190** andere Elternteil allein das Kind gegen den Schuldner-Elternteil – dies ergibt sich allerdings nicht aus §§ 1629 Abs 1 S 3 iVm 1678, 181 (so OLG Stuttgart FamRZ 1986, 595; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 85; KNÖPFEL NJW 1983, 905, 909; KROPHOLLER JR 1984, 89, 97; LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 76), sondern aus § 1629 Abs 2 S 2 (PALANDT-DIEDERICHSEN § 1629 Rz 19 [analog]; MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 72 [direkt und in Analogie zu § 1360]; dagegen SCHWAB, Handbuch Rz III 115–117 [stets Unterhaltspfleger zu bestellen]).

Ehegattenunterhalt gem § 1570 bleibt denkbar bei alleiniger tatsächlicher Personensorge eines Elternteils; inwieweit eine erhöhte Mitbeteiligung des anderen Elternteils an der Sorgeausübung und eine damit verbundene Entlastung des hauptbetreuenden Elternteils (Erwerbsmöglichkeit!) den Unterhaltsanspruch beeinflussen, ist weitgehend ungeklärt (vgl LUTHIN, Gemeinsames Sorgerecht S 76 f; KROPHOLLER JR 1984, 89, 97; für diesbezügliche Regelungen der Eltern bei Vereinbarung des gemeinsamen Sorgerechts BAER ZRP 1989, 344, 348 f).

VII. Übertragung auf Vormund oder Pfleger, Abs 5 S 1

1. Systematische Einordnung

Abs 5 S 1 dient der Abwehr einer **Kindesgefährdung**, die bei Übertragung der elterlichen Sorge auf den einen wie den anderen Elternteil zu besorgen wäre. Nach

191

dem Wegfall von elterlicher Schuld oder Pflichtverletzung auch im Tatbestand des § 1666 (s dort Rz 12–21) besteht zwischen beiden Vorschriften kein sachlicher Unterschied mehr, § 1671 Abs 5 S 1 ist nur eine situationsbezogene Hervorhebung der in Art 6 Abs 2 S 2 GG, §§ 1626 ff formulierten Schutzverpflichtung des Staates, die wegen des Sachzusammenhangs hier dem FamG zugewiesen wird. Abs 5 S 1 stellt klar, daß der Zusammenbruch der Elternehe grundsätzlich zwar die Sorgerechtsentscheidung zwischen den Eltern legitimiert, eine Auslagerung der Sorgeverantwortung aus der Kernfamilie aber nur unter den allgemeinen Eingriffsvoraussetzungen des § 1666 zulässig ist (OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1195).

Die **Unterhaltspflegschaft** des Abs 5 S 2 setzt keine Kindesgefährdung voraus und ist kein Teil des Schutzsystems der §§ 1666, 1671 Abs 5 S 1 (s Rz 46). Abs 5 S 1 setzt jedoch nicht voraus, daß die Gefährdung erst dem FamG bei der Scheidung offenbar wird. Auch bei bereits erfolgten Eingriffen des VormG in die Familie gem § 1666 hat das FamG nach Abs 5 S 1 zu entscheiden, weil die veränderte Situation zu neuer Beurteilung Anlaß gibt (Rz 31 ff).

2. Voraussetzungen

192 a) Gefährdung des Kindeswohls

Das FamG muß die Überzeugung gewinnen, daß die Übertragung des vollen Sorgerechts auf beide oder nur einen Elternteil voraussichtlich zu einer nicht unerheblichen Schädigung des Kindes führen würde. Dies gilt auch bei einstweiligen Anordnungen im Rahmen des Scheidungsverfahrens (OLG Hamm FamRZ 1988, 199 f). Der Begriff der **Kindeswohlgefährdung** ist grundsätzlich identisch mit dem des § 1666 (s dort Rz 64–69). Bei der Scheidung kann sich eine Gefährdung gerade aus der Zerrüttungssituation ergeben oder aus dem Umstand, daß jeweils nur eingeschränkt erziehungsfähigen Gatten nunmehr der Partner als Stütze und Komplementär-Elternteil fehlt (BT-Drucks 8/2788 S 63; GERNHUBER § 56 II 4). Im übrigen gelten die zu § 1666 entwickelten Grundsätze auch im Rahmen des Abs 5 S 1, etwa bezüglich einer geplanten oder schon vollzogenen Umsiedlung eines Elternteils ins Ausland (§ 1666 Rz 68 sowie oben Rz 96), bezüglich des Zusammenlebens mit neuen Partnern oder sonstiger „sittlicher Bedenken“ (§ 1666 Rz 89 ff sowie oben Rz 80 f) oder bezüglich eines Schutzes gewachsener Kindesbindungen zu Dritten (etwa Großeltern oder Pflegeeltern, die die Kinder während der Ehekrise betreut haben). Der notwendige Schutz im letztgenannten Fall ist vom FamG gem § 1671 Abs 5 S 1 (uU iVm § 1632 Abs 4) sicherzustellen, wenn keiner der Eltern als potentieller Sorgeberechtigter auf die Bindungen des Kindes Rücksicht nehmen, sondern es abrupt aus seinen derzeitigen Betreuungsverhältnissen herausreißen will (vgl OLG Karlsruhe FamRZ 1979, 57 sowie § 1666 Rz 96).

193 Eine Gefährdung muß bei **beiden Elternteilen** vorliegen. Kann die Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil trotz Bedenken noch verantwortet werden (Maßstab: Eingriffsgrenze des § 1666), so hat die innerfamiliäre Lösung gem Abs 1, 2 den Vorrang vor einer Vormundschaft oder Pflegschaft (BGH NJW 1985, 1702, 1704 f für den Fall einer haßerfüllten, die Kinder aufhetzenden, aber sonst erziehungsgerechten Mutter). Das gilt auch, wenn der objektiv besser geeignete Elternteil wegen strikter Ablehnung durch das Kind als Sorgeberechtigter ausscheidet (OLG Düsseldorf ZfJ 1988, 466, 467 f; dazu SCHÜTZ-JOPT ZfJ 1988, 349, 352 f; s auch BGH aaO).

Ist *ein Elternteil* gänzlich ungeeignet, so ist dem anderen die elterliche Sorge auch dann zu übertragen, wenn er im Lichte einer Kindeswohlprüfung gem Abs 2 oder

Abs 3 S 1 regelmäßig keine Zuteilungschance hätte, von einer „Gefährdung“ des Kindes bei ihm aber noch keine Rede sein kann. So etwa bei einem Elternteil, der wegen seiner Berufstätigkeit das Kind ganz oder überwiegend nicht selbst betreuen kann, aber für eine angemessene Drittbetreuung sorgt bzw das Kind bei den es bereits betreuenden Dritten belassen will (OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1195; OLG Frankfurt FamRZ 1989, 1323 f; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 92). Auch eine Sicherung des Verbleibs des Kindes bei der Betreuungsperson durch Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf einen Pfleger ist unzulässig, wenn der sorgeberechtigte Elternteil keinen Anlaß zu der Befürchtung gibt, er werde das Kind unter Gefährdung seines Wohls dort herausnehmen (OLG Frankfurt aaO). Schließlich ist eine Entscheidung nach Abs 5 auch kein zulässiges Mittel, hochstrittige Sorgerechtskämpfe durch „neutrale Drittplatzierung“ zu befrieden (vgl OLG Düsseldorf ZfJ 1988, 466 ff; SCHÜTZ-JOPT ZfJ 1988, 349, 352 f).

b) Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit

194

Aus der systematischen Einbettung des Abs 5 S 1 in das allgemeine staatliche Kindesschutzrecht iSv Art 6 Abs 2 S 2 GG, § 1666 BGB folgt, daß der dieses Rechtsgebiet beherrschende **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** auch vom FamG zu beachten ist. Zum einen gilt also das **Gebot des geringstmöglichen Eingriffs**: Teilübertragung auf einen Pfleger ist vorrangig gegenüber der Vormundschaftsordnung. Die völligen Ausfall der Eltern voraussetzt. Auch die Pflegschaftsanordnung ist auf die Sorgfragen zu begrenzen, die keinem der Elternteile zugewiesen werden können – das bei Abs 2 und 3 herrschende Prinzip der Unteilbarkeit der elterlichen Sorge (Rz 38 ff, 137 ff) wird in Abs 5 S 1 vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verdrängt. In derartigen Fällen ist das Sorgerecht im übrigen einem Elternteil zu übertragen. So kann bspw auch nur das *Aufenthaltsbestimmungsrecht* einem Pfleger übertragen werden (OLG Hamm FamRZ 1978, 941, 942), etwa zur Sicherstellung des Umgangs zwischen Kind und nichtsorgeberechtigtem Elternteil (OLG Bamberg FamRZ 1985, 1175, 1178). In Betracht kommt auch eine bloße *Aufsichtspflegschaft*, wenn nur sie die Anvertrauung der Kinder an einen Elternteil vertretbar erscheinen läßt (OLG Hamm FamRZ 1973, 148, 150; OLG Köln FamRZ 1971, 185, 188; OLG Oldenburg DAVorm 1980, 37; MünchKomm-Hinz Rz 82; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 94; GERNHUBER § 56 II 4). Eine derartige Gestaltung kann insbesondere dann sinnvoll sein, wenn eine Stabilisierung und Besserung der elterlichen Verhältnisse nach der Scheidung zu erwarten ist und dem sorgeberechtigten Gelegenheit gegeben werden soll, sich – zunächst unter rechtlicher Überwachung durch den Pfleger mit jederzeitiger Eingriffsmöglichkeit – tatsächlich zu bewähren. Dies gilt auch bei gleichzeitiger Unterstützung durch jugendhilferechtliche Maßnahmen (Rz 195). Allerdings ist gerade auch die Aufsichtspflegschaft strikt an die Eingriffsvoraussetzungen der Kindesgefährdung zu binden, sie ist nur zulässig, wenn ohne Pflegerkontrolle die Kinder dem Elternteil gar nicht überlassen werden könnten. Sie ist nicht zulässig als generelle „Oberaufsicht“ des Staates über die Teilfamilie nach Scheidung. Sie kann jedoch auf die Vermögenssorge oder die Personensorge beschränkt sein (vgl § 1666 Rz 138; 1667 Rz 17).

Zum zweiten gilt die Eingriffsschranke der **Erforderlichkeit** in dem Sinne, daß **195** gemäß dem Rechtsgedanken des § 1666 a vor einer Entscheidung des FamG nach Abs 5 S 1 auch zu prüfen ist, ob der beim einen oder anderen Elternteil drohenden Gefahr für das Kindeswohl nicht durch staatliche Unterstützung und Hilfe begegnet werden kann (OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1195). Dies setzt die konkrete *Geeignetheit* sozialer Maßnahmen, insbes nach dem KJHG, voraus wie auch die Bereitschaft des Elternteils, diese anzunehmen. Der Versuch der (Wieder-) Herstellung elterlicher Sorgefähigkeit ist zwingend vorrangig vor der Verlagerung von

Sorgekompetenzen auf Dritte (zweifelhaft unter diesem Aspekt OLG München FamRZ 1984, 407). Der *Aufsichtspflegschaft* (Rz 194) könnte insoweit erhöhte Bedeutung zukommen als Bindeglied zwischen staatlicher Wächterfunktion für das Kind und staatlicher Unterstützungspflicht für die Familie.

196 3. Maßnahmen des Familiengerichts

Vormundschaft darf nur angeordnet werden, wenn die Übertragung auch nur eines Teilbereichs des Sorgerechts auf einen Elternteil wegen Kindesgefährdung auszuscheiden hat. Im übrigen ist *Pflegschaft* anzuordnen (auch bei Entziehung der gesamten Personen- oder Vermögenssorge, OLG Stuttgart FamRZ 1978, 380 f). Liegt schon eine die Vormundschaft oder Pflegschaft anordnende Vorentscheidung des VormG gem §§ 1666, 1666 a vor, kann sich die familiengerichtliche Entscheidung auf eine Bestätigung beschränken (BayObLG FamRZ 1990, 551, 552; s Rz 33).

Die sachliche Zuständigkeit ist zwischen FamG und VormG dergestalt aufgeteilt, daß das *FamG* zwar über die Anordnung von Vormundschaft oder Pflegschaft zu entscheiden hat, die Auswahl und Bestellung des Vormunds oder Pflegers jedoch dem *VormG* obliegt (BGH NJW 1981, 2460 = FamRZ 1981, 1048; BayObLG FamRZ 1990, 551, 552; OLG Karlsruhe FamRZ 1988, 1186, 1187; OLG Zweibrücken FamRZ 1989, 887 [LS]; SCHLÜTER-KÖNIG FamRZ 1982, 1159, 1163). Dies wird damit begründet, daß dem VormG auch die weitere Aufsicht über den Vormund (§§ 1837 ff) sowie die etwaige Genehmigung seiner Rechtsgeschäfte obliegt.

Legt man diese nicht unumstrittene, aber durch den BGH bestätigte Regel zugrunde, so besteht kein Grund zu einer Ausnahme für den Fall, daß sich die vom FamG festgestellte Gefährdung nur durch Übertragung auf einen *bestimmten* Vormund oder Pfleger abwehren läßt, etwa beim Schutz gewachsener Bindungen an Großeltern oder Pflegepersonen (vgl OLG Koblenz FamRZ 1981, 1004 f; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 96; dagegen OLG Karlsruhe FamRZ 1988, 1186, 1187). Ist das VormG ohnehin an die *Anordnung* der Vormund- oder Pflegschaft durch das FamG gebunden (BGH 1049), so kann die Bindung in diesen Fällen zwanglos auf die in den Entscheidungsgründen des FamG bezeichnete Person erstreckt werden. Dies ist sachlich gerechtfertigt, weil hier die Personenauswahl ausnahmsweise zur dem FamG zugewiesenen Kindeswohlbewertung gehört; in die formelle Kompetenz des VormG braucht jedoch nicht eingegriffen zu werden.

197 4. Ende der Vormundschaft oder Pflegschaft

Das Ende der Vormundschaft oder Pflegschaft kraft Gesetzes richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 1882, 1773, 1918). Im übrigen ist die Anordnung vom FamG in angemessenen Zeitabständen zu überprüfen und ggf aufzuheben, wenn eine Gefahr für das Kindeswohl nicht mehr besteht (§ 1696 Abs 3, 2).

Gegenseitige *Wiederheirat der Eltern* beseitigt die Gefahr nicht unbedingt, so daß die Anordnung der Vormundschaft oder Pflegschaft zum Schutz des Kindes zunächst fortbesteht. Das FamG hat die Anordnung entweder ersatzlos aufzuheben (§ 1696 Abs 2) oder – bei fortbestehender Gefahr – dem nun zuständigen VormG zuvor Gelegenheit zu geben, den Umständen angepaßte Maßnahmen nach §§ 1666 ff zu treffen (KG FamRZ 1982, 736, 737; OLG Hamm FamRZ 1972, 379 f; FamRZ 1978, 262, 263 f). Auch der *Tod eines Elternteils* berührt die nach Abs 5 S 1 angeordnete Maßnahme nicht ipso iure (§ 1681 Abs 1 S 3).

VIII. Sorgerechtsregelung in anderen Fällen der Familienauflösung**198**

Für den Fall der *Nichtigkeitserklärung der Ehe* ordnet Abs 6 die entsprechende Anwendung der Abs 1 bis 5 an (Rz 5); die aus dieser Verbindung hervorgegangenen Kinder gelten als ehelich (§ 1591 Abs 1 S 1 HS 2). Da für Nichtigkeitsurteile (wie auch für Aufhebungsurteile) die Vorschriften über den Entscheidungsverbund nicht anwendbar sind (BGH NJW 1982, 1386 f), setzt die Sorgerechtsentscheidung des FamG die *Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils* voraus. Die bis zum SorgeRG vorgeschriebene zweimonatige Wartefrist für das FamG ist entfallen. Dennoch ist keine „Überraschung“ der Eltern durch die Sorgerechtsentscheidung zu befürchten, da sie zuvor zwingend anzuhören sind (§ 50 a FGG) und das FamG mit ihnen die Möglichkeit einer einverständlichen Regelung zu erörtern hat Rz 133, 168; vgl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 98; für auch künftige Einhaltung der Zweimonatsfrist demgegenüber MünchKomm-HINZ Rz 86).

Für die *Aufhebung der Ehe* gilt der Sache nach dasselbe (vgl § 37 Abs 1 EheG).

Nach § 1681 Abs 2 S 3 ist auch dann entspr § 1671 Abs 1 bis 5 durch das FamG zu **199** entscheiden, wenn ein zu Unrecht für tot Erklärter wieder auftaucht, nachdem seine Ehe durch Neuheirat des früheren Gatten aufgelöst worden ist (§ 38 EheG). Nach den Umständen und Zeitabläufen (vgl §§ 3–7 VerschG) soll eine Sorgerechtsübertragung auf diesen Elternteil allerdings nur ausnahmsweise in Betracht kommen.

Zur entsprechenden Anwendbarkeit des § 1671 bei *Nichtehe* und *nichtehelicher Lebensgemeinschaft* vgl Rz 28, 29.

IX. Bestand und Änderung der familiengerichtlichen Sorgerechtsregelung**200**

Die Sorgerechtsregelung des FamG gilt grundsätzlich für die gesamte Restdauer der elterlichen Sorge, also bis zur Volljährigkeit des Kindes (vgl Rz 48, 49). Sie kann jedoch aus Gründen des Kindeswohls jederzeit geändert werden (§ 1696 Abs 1). Bei gegenseitiger Wiederheirat der Eltern werden Entscheidungen nach Abs 1 bis 4 ipso iure gegenstandslos, eine Aufhebung ist nicht notwendig (BayObLG FamRZ 1965, 152; KG FamRZ 1982, 736, 737; OLG Hamm FamRZ 1972, 379 f; FamRZ 1978, 262, 263; anderes gilt bei Vormundschafts- oder Pflegschaftsanordnung gem Abs 5, vgl Rz 197). Bei Tod des allein Sorgerechtsberechtigten ist vom VormG nach § 1681 Abs 1 S 2 zu entscheiden; stirbt bei gemeinsamem Sorgerecht einer der Elternteile, steht das Sorgerecht gem § 1681 Abs 1 S 1 dem anderen Teil allein zu (Rz 189).

X. Verfahrensfragen**1. Zuständigkeit****201**

Sachliche und örtliche Zuständigkeit des FamG ergeben sich aus §§ 606, 621 Abs 1 Nr 1 ZPO. Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten von FamG und VormG s Rz 31 ff; 196 sowie § 1666 Rz 37 ff.

2. Verfahren**202**

Die Sorgerechtsfrage ist zur Verhandlung und Entscheidung mit der Scheidungsfrage verbunden (Verbundprinzip, §§ 621 Abs 1 Nr 1 iVm 623 Abs 1 S 1, Abs 3 S 1 und 629 Abs 1, 2 ZPO). Während für das Scheidungsverfahren zivilprozessuale Regeln gelten (§§ 606, 622 ff ZPO), wird für die Sorgerechtsfrage pauschal auf das

FGG verwiesen (§ 621 a Abs 1 ZPO), soweit nicht Sondervorschriften der ZPO bestehen (vgl §§ 620 ff, 623 Abs 3 S 1, 627, 629 a, 630).

Das **Kindeswohl** beherrscht als ungeschriebener Leitpunkt auch das Verfahrensrecht (Rz 18; vgl SCHWAB, Handbuch Rz III 125, 170, der von „kindschädigenden Potenzen“ des Sorgerechtsverfahrens spricht). Dies ergibt sich aus der dienenden Funktion des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht, dessen einziger Zweck wiederum der Schutz und die Förderung des Kindes in der Scheidungssituation ist. Sowohl bei den Ermittlungen, insbes den Kindesanhörungen (vgl LIDLE-HAAS S 99 f, 102 f; SCHWAB, Handbuch Rz III 169 f) und Sachverständigenbegutachtungen, den Entscheidungsbegründungen (vgl § 59 Abs 2 S 2 FGG), bei einstweiligen Anordnungen sowie hinsichtlich der Verfahrensdauer insgesamt (dazu SIMTIS FS Müller-Freienfels [1986] 579, 615) ist darauf zu achten, daß die staatliche Intervention dem Kind nicht mehr schadet als nützt.

203 Auf Grund des Verweises in § 621 a Abs 1 ZPO gilt der Grundsatz der **Amtsermittlung** gem § 12 FGG auch für das familiengerichtliche Sorgerechtsverfahren (Einzelheiten § 1666 Rz 156 f; COESTER, Kindeswohl S 368 ff). Soll das Kind ganz oder teilweise von *Dritten* (zB Großeltern) betreut werden, ist auch deren Person und Verhalten in die Ermittlungen miteinzubeziehen (OLG München FamRZ 1979, 71 f). Gleiches gilt für die Person des *neuen Partners*, falls der Elternteil mit diesem zusammenlebt oder zusammenleben will (Rz 95). Generell folgt aus dem § 1671 beherrschenden Grundsatz der Einzelfallgerechtigkeit (Rz 66) die verfahrensrechtliche Pflicht, allgemeine „Erfahrungssätze“ und tatsächliche Vermutungen auf ihre Bedeutung im konkreten Einzelfall zu überprüfen (so insbes zu Geschlechterrollen oder der Trennungsempfindlichkeit von Kleinkindern, vgl COESTER, Kindeswohl S 376 f).

204 Bei **übereinstimmendem Elternvorschlag** ergibt sich aus dem materiellen Recht eine Einschränkung der richterlichen Ermittlungspflicht: Ist **gemeinsames Sorgerecht** vorgeschlagen, sind die Voraussetzungen dieser Sorgerechtsform, aber auch nicht mehr, im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung des § 1671 Abs 3 S 1 sorgfältig festzustellen (vgl Rz 174 ff). Bei vorgeschlagener **Alleinsorge** eines Elternteils richten sich die Ermittlungen nach den oben dargelegten Grundsätzen (Rz 150; vgl COESTER, Kindeswohl S 373 ff).

205 Das **Ergebnis der Ermittlungen**, insbes von Anhörungen und Zeugenvernehmungen, ist in einem **Protokoll oder Aktenvermerk** festzuhalten (für die Anhörung: LIDLE-HAAS S 108 ff). Ist dies nicht geschehen, fehlt es an einer Überprüfungsmöglichkeit für das Rechtsmittelgericht, wegen Verfahrensverstöße ist die tatrichterliche Entscheidung aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen (OLG Stuttgart FamRZ 1976, 34, 35). Das Ergebnis der Ermittlungen muß auch den Beteiligten vor der Entscheidung **mitgeteilt** werden, damit sie dazu noch Stellung nehmen können.

206 Die familiengerichtliche Entscheidung ist jedenfalls dann zu **begründen**, wenn ein übereinstimmender Elternvorschlag nicht vorgelegen hat (OLG Celle FamRZ 1978, 54; OLG Düsseldorf FamRZ 1978, 56, 57; OLG Hamm FamRZ 1977, 744, 746; OLG Köln FamRZ 1972, 377 f; OLG Nürnberg FamRZ 1986, 1247; zu diesbezüglichen Mängeln der Praxis vgl SIMTIS ua, Kindeswohl S 31, 56; FROMMANN S 182; für die zweite Instanz s § 25 FGG). Diese Pflicht folgt aus der Schwere des Eingriffs in die Stellung des „entrechteten“ Elternteils; die Begründung ermöglicht den Beteiligten eine Überprüfung im Hinblick auf die Einlegung eines Rechtsmittels und ist auch Erkenntnisgrundlage bei späteren Änderungsverfahren gem § 1696.

Aber auch bei Entscheidungen, die den Eltern auf ihren Vorschlag hin das *gemeinsame Sorgerecht* belassen, sollte aus der Begründung erkenntlich sein, daß das

Gericht seine Kontrollfunktion (Rz 174 ff) wahrgenommen hat (die Praxis begnügt sich häufig mit formelhaften Wendungen, vgl LIMBACH-Studie S 35 ff [„Vierzeiler auf Textbausteinbasis“]).

3. Insbesondere: Anhörungspflichten

207

Für die vorgeschriebenen Anhörungen gilt grundsätzlich das gleiche wie im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren (s § 1666 Rz 158, 159 [Anhörung der Eltern]; 160, 161 [Anhörung des Kindes]; 162 [Jugendamt]; 175 [in der Beschwerdeinstanz]). Die Anhörungspflichten ergeben sich unmittelbar aus §§ 50 a bis 50 c FGG, nicht erst über § 12 FGG (str, OLG Stuttgart FamRZ 1989, 1110 f mwN). Eine Anhörung durch den ersuchten Richter ist nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig (OLG Frankfurt FamRZ 1988, 98 f).

Die **Elternanhörung** gem § 50 a FGG dient im familiengerichtlichen Verfahren auch dem Zweck, mit den Eltern die Möglichkeit einer Einigung zu erörtern (Rz 24, 133), in geeigneten Fällen auch auf elterliche Kooperation hinzuwirken (Rz 26, 168). Die Anhörung ist grundsätzlich auch erforderlich, wenn ein übereinstimmender Elternvorschlag vorliegt. Das persönliche Erscheinen der Eltern zur Anhörung ist im Rahmen des Scheidungsverbands (vgl § 613 ZPO) regelmäßig gewährleistet; in isolierten Sorgerechtsverfahren kann das persönliche Erscheinen nicht erzwungen werden (OLG Hamburg FamRZ 1983, 409, 410 mwN; aA OLG Zweibrücken FamRZ 1987, 392 f [Anordnung gem § 33 FGG, aber *kein* Ordnungsgeld]).

Die nach § 50 b FGG in Sorgerechtsverfahren stets gebotene **Kindesanhörung** 208 (BGH NJW 1985, 1702, 1705) ist auch bei gemeinsamem Elternvorschlag vorzunehmen (KG FamRZ 1983, 1055, 1057; HINZ ZfJ 1984, 529, 536); bei länger dauernden Verfahren kann wiederholte Anhörung geboten sein (KG FamRZ 1983, 1159, 1161 f; RABAA S 95): Thematisch ist sie an den beiden Grundfunktionen des Kindeswillens auszurichten (Rz 117), eine generelle untere Altersgrenze besteht nicht (vgl § 1666 Rz 160; OLG Köln FamRZ 1980, 1153, 1154 [zweieinhalb und vier Jahre]; KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Hamburg FamRZ 1983, 527 f; aA OLG Hamm FamRZ 1988, 1198, 1199 [nicht unter drei Jahren]; vgl LIDLE-HAAS S 85 ff, 87, 105). Bei kleineren Kindern ist die „Anhörung“ mehr eine *Beobachtung*, insbesondere auch der Interaktion mit den Eltern. Dabei kann ein Sachverständiger hinzugezogen werden; die Anhörung darf ihm aber nicht allein überlassen werden, da das Gesetz die persönliche Anhörung vorschreibt (LIDLE-HAAS S 191). Die Anhörung kann im Gericht oder in der Wohnung des Kindes stattfinden (zu letztgenanntem OLG Hamburg FamRZ 1983, 527, 528; PRESTIEN RdJ 1988, 427, 431; nur Gericht: KG FamRZ 1983, 1159, 1162; FEHMEI ZBIJugR 1982, 654, 659; LUTHIN FamRZ 1981, 111, 114; ders FamRZ 1981, 1149; KLUSMANN, Das Kind S 85, 99). Ob dem Kind zur besseren Artikulierung und Wahrung seiner Interessen ein **Kindesanwalt** beigeordnet werden kann oder de lege ferenda sollte, ist umstritten (Nachw bei LIDLE-HAAS S 158; de lege lata aus verfassungsrechtlichen Gründen in „schwerwiegenden Sorgerechtsfällen“ AG Mönchengladbach-Rheydt FamRZ 1986, 389 ff mwN; abl LUTHIN ebd S 391). Lehnt das Kind die Äußerung einer Präferenz erkennbar und unbeirrbar ab, so „hat das Gericht dies zu respektieren und darf nicht versuchen, über psychologische Tests oder etwa auch über Fangfragen in den inneren Bereich einzudringen“ (KG FamRZ 1990, 1383, 1385).

Das gem § 49 a Abs 1 Nr 2 FGG zu hörende **Jugendamt** hat gem § 50 Abs 2 KJHG 209 das FamG zu unterrichten über seine Bemühungen gem § 17 KJHG (vgl Rz 25) und deren Erfolg. Die bislang mehr auf den status quo und Äußerlichkeiten konzentrierten Jugendamtsberichte (vgl RABAA S 100; LIDLE-HAAS S 122 ff) werden sich des-

halb intensiver mit den Reorganisationsmöglichkeiten der Familie beschäftigen müssen (vgl BT-Drucks 11/5948 S 87 f). Gleichzeitig wird damit die eigenständige Funktion des Jugendamts gegenüber dem Gericht (nicht nur Hilfsorgan) deutlicher (vgl § 49 Abs 1 KJHG; BT-Drucks 11/5948 S 87).

210 4. Insbesondere: Sachverständigengutachten

Auch insoweit ist pauschal auf die zum Kindesschutzverfahren dargelegten Grundsätze zu verweisen (§ 1666 Rz 163–168). Im einzelnen bestehen für das familiengerichtliche Sorgerechtsverfahren jedoch Besonderheiten (vgl BÖHM DAVorm 1985, 732 ff).

Gesetzliche Grundlage der Sachverständigenbestellung sind §§ 621 a Abs 1 ZPO, 64 k Abs 3 S 1 FGG iVm 12, 15 FGG sowie 402 ff ZPO. Die im pflichtgemäßen Ermessen des FamG stehende **Einholung eines Gutachtens** (BVerfG NJW 1981, 217 f) ist regelmäßig nicht erforderlich, wenn das Kind offenkundig zu beiden Elternteilen eine tragfähige psychosoziale Beziehung hat und es im Gutachten nur um die Ermittlung einer „stärkeren Bindung“ gehen könnte [Rz 108; krit zu *projektiven Tests* insoweit OLG München FamRZ 1979, 337 ff; OLG Frankfurt DAVorm 1979, 130; JOPT FamRZ 1987, 875, 882; RABBA S 108 ff; vgl andererseits LIDLE-HAAS S 176 mwN; BÖHM DAVorm 1985, 732, 740). Nicht erforderlich ist ein Gutachten in aller Regel auch bei übereinstimmendem Elternvorschlag, auch nicht, wenn dieser auf gemeinsames Sorgerecht zielt (gegen AG Arnberg FamRZ 1986, 1145, 1148; s Rz 184). Für eine psychologische/psychiatrische Begutachtung bedarf es der Zustimmung der Betroffenen, beim Kind des oder der Sorgeberechtigten (BayObLG FamRZ 1987, 87, 88 f; OLG München FamRZ 1984, 75 f; FamRZ 1979, 337, 339; OLG Hamm FamRZ 1981, 706 f; OLG Stuttgart NJW 1980, 1229, 1230). Bei Verweigerung der Zustimmung für sich oder das Kind scheidet ein Gutachten regelmäßig aus; die Verweigerung kann auch nicht als Indiz für mangelnde Erziehungseignung verwertet werden, da der Verweigernde aus seiner Sicht gute und kindesorientierte Gründe haben mag (OLG München FamRZ 1984, 75, 76): Zwar gefährdet eine Begutachtung normalerweise nicht das Kindeswohl (Ausnahmen möglich, BayObLG FamRZ 1987, 87 f), umgekehrt ist sie im Bereich des § 1671 aber auch nicht unverzichtbar zum Schutze des Kindes (deshalb kein Zwang, BayObLG FamRZ 1979, 737, 739 f). Nur wenn sie sich im Einzelfall ausnahmsweise als dringend geboten erweisen sollte, käme eine vormundschaftsgerichtliche Ersetzung der elterlichen Zustimmung gem § 1666 Abs 1, 2 in Betracht (BayObLG aaO; OLG München FamRZ 1984, 75, 76; eine Pflegerbestellung durch das FamG gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO, 1671 Abs 5 bringt keine Beschleunigung, da die Auswahl des Pflegers ohnehin dem VormG obliegt, vgl BÖHM DAVorm 1985, 732, 739).

- 211 Die Erwägung, ob ein Sachverständiger einzuschalten ist, wird beeinflusst durch die Vorstellungen über die grundsätzliche **Funktion von Sachverständigen**. Das Sachverständigengutachten wird herkömmlich als *Erkenntnishilfe* für die justizielle Entscheidung, der Sachverständige dementsprechend als „Gehilfe des Richters“ qualifiziert (OLG Düsseldorf MDR 1979, 409; BAUMBACH-LAUTERBACH-HARTMANN Übersicht vor § 402 ZPO Anm 1 A). Seine Tätigkeit ist *diagnostischer* Natur, sie soll der bloßen Anschauung nicht zugängliche Tatsache offenlegen.

Demgegenüber wird von psychologischer Seite für eine *Funktionserweiterung* plädiert. In psychologischem Sinne sei nicht erst die gerichtliche Entscheidung, sondern schon die Einschaltung des Sachverständigen „Intervention“ in das Familiengeschehen; sie könne nicht auf bloße Diagnose beschränkt sein, sondern müsse – entsprechend dem berufsethischen Auftrag und der übergreifenden Pflicht des Staates, auf

elterliche Einigung und Kooperation hinzuwirken (dazu Rz 133, 168) – *auch Bemühungen einschließen, die Beteiligten zu einer familieninternen Konfliktlösung zu befähigen*. Gefordert wird keine staatlich verordnete Familientherapie, sondern eine die Exploration und Gutachtenerstellung begleitende *Beratung* der Eltern, die sie in die Lage versetzt, die Konfliktebenen (Ehepartner-/Elternebene) zu trennen, die eigenständigen Kindesbelange zu erkennen und sich insoweit zu begrenzter Kooperation zusammenzufinden. Der gutachtliche Befund ist in dieser Sicht nicht Schlußpunkt der staatlich angeordneten Intervention durch den Sachverständigen, sondern die Grundlage familienunterstützender Maßnahmen: Der Sachverständige wird – neben seiner Funktion als Entscheidungshelfer – zum *Schlichtungshelfer* für das FamG (vgl RÖSNER-SCHADE ZfJ 1989, 439 ff; STERNBECK-DÄTHER FamRZ 1986, 21 ff; FTHENAKIS FamRZ 1985, 662, 670 f; JOPT FamRZ 1987, 875, 881 ff [mit scharfer Kritik der herrschenden Gutachtenpraxis]; STAHLMANN in: PIPER-BRÄUNUNG-STAHLMANN, Sachverständige im Zivilprozeß [1982] 119). Die *rechtliche* Ausgestaltung der Sachverständigentätigkeit in dieser Funktion bedarf noch der Klärung; festzuhalten bleibt jedoch, daß sie sich nahtlos dem Wechsel im staatlichen Interventionsansatz einfügt, wie er vom Gesetzgeber in §§ 17, 50 Abs 2 KJHG eingeleitet und vom Grundgesetz gefordert ist (Rz 25, 209).

Zur unverzichtbaren richterlichen Pflicht gehört die **Kontrolle eines erstellten** 212 **Sachverständigengutachtens** (s § 1666 Rz 168; BÖHM DAVorm 1985, 732, 741 ff). Hierzu besteht im Scheidungszusammenhang besonderer Anlaß, da Vorurteile und Spekulationen auch bei Sachverständigen (vgl OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 311, 312) hier ein weites Wirkungsfeld haben (ausf COESTER, Kindeswohl S 453 ff; für einen Katalog strikter Kontrollkriterien KLENNER FamRZ 1989, 804 ff; eine eigenständige Kontrolle durch das Gericht fehlte in OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2202 [Sachverständiger befürwortet Sorgeübertragung für vierjähriges Mädchen auf Mutter, da die leibliche Mutter besser sei für die „sexuelle Aufklärung und die Vorbereitung des Mädchens auf ihre Rolle als Frau“]). Auch sind wissenschaftliche Qualifikation und Vorgehensweise der Gutachter (bzw Gutachteninstitute) nicht stets über jeden Zweifel erhaben (vgl Anfrage Lanfermann im Landtag NRW, Drucks 10/3816 [1988], und Antwort der Landesregierung v 2. 1. 1989, Drucks 10/3947; „Der Spiegel“ Nr 35/1988, S 60; Nr 42/1988, S 75; vgl auch LIMBACH-Studie S 41 f; zur Benennung des Sachverständigen und der Weitergabe des Gutachtenauftrags an Fachkollegen s BÖHM DAVorm 1985, 732, 736).

5. Einstweilige Anordnungen

213

Einstweilige Anordnungen durch das FamG sind zulässig, sobald die Ehesache anhängig oder der Antrag auf Prozeßkostenhilfe eingereicht ist, §§ 620 a Abs 2 S 1, 620 S 1 Nr 1 ZPO (zur Sorgerechtsregelung gem § 1672 und vorläufigen Anordnungen in jenem Verfahren sowie ihrem Verhältnis zu einstweiligen Anordnungen nach § 620 S 1 Nr 1 ZPO s § 1672 Rz 24 f, 28). Einstweilige Anordnungen sind auch noch in der Beschwerdeinstanz zulässig, selbst wenn die Scheidung selbst rechtskräftig geworden ist.

Sachliche Voraussetzung ist ein **dringendes Regelungsbedürfnis**, das ein Abwarten 214 der endgültigen Entscheidung im Interesse des Kindes nicht zuläßt (BayObLG FamRZ 1968, 267, 268). Dieses Bedürfnis kann auch bestehen, wenn die Eltern noch in häuslicher Gemeinschaft leben (ZÖLLER-PHILIPPI § 620 ZPO Rz 33; aA AG Hamburg FamRZ 1983, 1043).

Inhaltlich richtet sich die einstweilige Anordnung nach § 1671, bei Übertragung auf einen Pfleger müssen die Voraussetzungen des Abs 5 vorliegen (OLG Hamm

FamRZ 1988, 199; KG NJW 1978, 648; OLG Schleswig, SchlHAnz 1978, 212, 213). Der Grundsatz der Unteilbarkeit gilt für einstweilige Anordnungen nicht, es können auch *Teilbefugnisse* wie das Aufenthaltsbestimmungsrecht auf einen Elternteil übertragen werden (OLG Köln FamRZ 1979, 320; OLG Stuttgart FamRZ 1982, 1235; KG FamRZ 1984, 1143, 1144; OLG Hamm FamRZ 1988, 199). Angesichts der *faktisch präjudiziellen Wirkung* einstweiliger Anordnungen (vgl auch § 1672 Rz 2, 26) sollte der Regelungsumfang auf das zur Schadensverhinderung Erforderliche beschränkt bleiben (BayObLG FamRZ 1968, 267, 268; umgekehrt OLG Hamburg FamRZ 1986, 481: grds gesamte elterliche Sorge, Teilung nur bei besonderem Bedürfnis). Das Verfahren im einzelnen ist in §§ 620 a bis 620 d ZPO geregelt.

215 6. Durchsetzung von Sorgerechtsentscheidungen

Hat das FamG einem Elternteil das Sorgerecht zugewiesen, kann dieser das Kind vom anderen Elternteil oder Dritten herausverlangen, § 1632 Abs 1. Für *Herausgabestreitigkeiten* ist das FamG oder das VormG zuständig, § 1632 Abs 3 (für die familiengerichtliche Zuständigkeit auch dann, wenn ein nach § 1671 Abs 5 S 1 berufener Pfleger oder Vormund das Kind herausverlangt, Dörr NJW 1989, 690, 691 mwN). Zur begrenzten Kindeswohlprüfung im Rahmen dieses Verfahrens s Erl zu § 1632 (vgl auch oben Rz 121 sowie § 1666 Rz 170–173). Die Vollstreckung erfolgt nach § 621 Abs 1 Nr 3, 621 a ZPO, 33 FGG (BGH FamRZ 1983, 1008, 1010 f; anders [§ 888 ZPO] OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 421, 422; zum Streitstand mwN OLG Köln FamRZ 1982, 508).

216 7. Rechtsmittel

Gegen die Entscheidung des FamG ist das Rechtsmittel der *Berufung* oder der *Beschwerde* an das OLG gegeben, je nachdem, ob auch der Scheidungsausspruch mitangegriffen oder ob nur die Sorgerechtsentscheidung als Folgesache angefochten wird (§§ 629 a Abs 2, 621 e ZPO). Die Frist beträgt einen Monat ab Zustellung der familiengerichtlichen Entscheidung (§§ 621 e Abs 3 S 2, 516 ZPO). Für die *Revision* oder die weitere Beschwerde ist der BGH zuständig (§ 133 GVG; zur begrenzten Zulässigkeit §§ 621 d, 621 e Abs 2 ZPO; zur Einmonatsfrist §§ 621 e, Abs 3 S 2, 552 ZPO). Ein Wiederaufnahmeverfahren entspr §§ 578 ff ZPO gibt es in Sorgerechtssachen nicht, statt dessen steht die Änderungsmöglichkeit nach § 1696 BGB zur Verfügung (OLG Frankfurt FamRZ 1987, 394 f).

217 Beschwerdeberechtigt sind die Eltern, das über 14jährige Kind (§ 59 FGG) und das Jugendamt (§ 64 k Abs 3 S 3 FGG). Die eigenständige Berechtigung des Jugendlichen aus § 59 FGG umfaßt die Beauftragung eines Rechtsanwalts (BayObLG FamRZ 1985, 738 mwN) sowie einen Antrag auf Kostenvorschuß gem § 621 f ZPO (vgl bei jüngeren Kindern AG Mönchengladbach-Rheydt FamRZ 1986, 389 ff: Bestellung eines „Kindesanwalts“ und Gewährung von Prozeßkostenhilfe hierfür).

218 8. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 93 a Abs 1, 2 und 97 Abs 3 ZPO.

XI. Auslandsbezüge

219 1. Internationale Zuständigkeit

Hat das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat des Haager Minderjährigenschutzabkommens (MSA; s Vorbem 252 ff zu Art 18 EGBGB), so sind nach dessen **Art 1** die Gerichte des Aufenthaltsstaates international zuständig

für Maßnahmen zum Schutz des Kindes. Hierzu gehören auch Sorgerechtsregelungen bei Scheidung. Art 1 MSA begründet also die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für alle Kinder, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben. Bei Aufenthalt in einem anderen Vertragsstaat sind deutsche Gerichte grundsätzlich nicht zuständig, es sei denn, das Kind hat die deutsche Staatsangehörigkeit (als effektive bei doppelter Staatsangehörigkeit, PALANDT-HELDRICH Anh zu Art 24 EGBGB Rz 31) und das Gericht nimmt die Heimatstaat-Zuständigkeit des **Art 4 MSA** in Anspruch (dies sollte nur bei besonderen Gründen in Betracht kommen, PALANDT-HELDRICH aaO; MünchKomm-SIEHR Anh zu Art 19 EGBGB Rz 214). Bei Eilmaßnahmen (einstweilige Anordnungen) ergibt sich darüber hinaus eine Zuständigkeit aus **Art 9 MSA**, für Maßnahmen gem § 1671 Abs 5 S 1 aus **Art 8 MSA**.

Vom MSA nicht erfaßt sind lediglich endgültige Sorgerechtsentscheidungen zwischen Eltern in Fällen, in denen das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Nicht-Vertragsstaat hat oder in denen es nicht minderjährig ist seines ausländischen Heimatrechts ist (vgl Art 12 MSA). Die internationale Zuständigkeit des deutschen FamG ergibt sich dann aus §§ **43 Abs 1, 35 a FGG**, wenn das Kind deutsch ist, oder als Annexzuständigkeit aus dem **Verbundprinzip**, wenn in der Scheidungsfrage internationale Zuständigkeit besteht (OLG München IPRax 1985, 49; HENRICH FamRZ 1986, 841, 852; ders FamRZ 1990, 394; DÖRR NJW 1989, 690, 694).

2. Anwendbares Recht

221

Bei Zuständigkeit nach dem **MSA** wendet das FamG **deutsches Recht**, also § 1671 an, Art 2, 4 Abs 1 MSA. Bei Aufenthaltzuständigkeit nach Art 1 MSA ist allerdings auch das *Heimatrecht des Kindes* zu beachten, Art 3 MSA (zur Bedeutung des Art 3 MSA s Vorbem 350 ff zu Art 18 EGBGB; § 1666 Rz 183; § 1672 Rz 30). Ein *ex-lege-Gewaltverhältnis* ist dieser Vorschrift ist nur anzunehmen, wenn die Sorgerechtsfrage unmittelbar und endgültig aus dem Gesetz beantwortet wird, nicht also schon bei gesetzlicher Regelzuweisung mit gerichtlichem Änderungsvorbehalt (Regelungsspielräume in ausländischen Sorgerechtsgesetzen werden bejaht zB für Italien [OLG Düsseldorf FamRZ 1979, 1066, 1067; OLG Frankfurt IPRax 1982, 30], Griechenland [OLG Frankfurt FamRZ 1979, 743; OLG Stuttgart NJW 1983, 1981], Tunesien [BGH FamRZ 1984, 686, 687; IPRax 1987, 317]). Allerdings wird in diesem Fall stets zu prüfen sein, ob die gesetzliche Regelung trotz Art 3 MSA nicht deshalb zu ignorieren ist, weil sie gegen den deutschen *ordre public* verstößt (Art 16 MSA; s noch Rz 222).

Außerhalb des MSA folgt das anwendbare Recht aus Art 19 Abs 2, 3 EGBGB. Für die endgültige Sorgerechtsregelung gilt das **Recht des gewöhnlichen Kindesaufenthalts**, Art 19 Abs 2 S 2 EGBGB, weil sich diese Regelung auf die Zeit nach Auflösung der Elternehe bezieht (hM, vgl MünchKomm-Wv MOHRENFELS Art 17 EGBGB Rz 177 mwN; aA OLG Hamm FamRZ 1990, 781 f; OLG Frankfurt FamRZ 1990, 783 [Scheidungsstatut]). Bei **einstweiligen Anordnungen** für die Dauer des Scheidungsverfahrens hingegen ist Art 19 Abs 2 S 1 EGBGB (Ehewirkungsstatut) maßgeblich.

Ausnahmsweise ist das berufene Recht nicht anzuwenden, wenn es gegen den **deutschen ordre public** verstößt (Art 16 MSA bzw 6 EGBGB). Hierbei kommt es nicht auf die abstrakte Norm, sondern auf das Ergebnis im Einzelfall an. Zu den unverzichtbaren Grundwerten der deutschen Rechtsordnung gehören insbes die Grundrechte (Art 6 S 2 EGBGB) und die Maßgeblichkeit des Kindeswohls in Sorgerechtsfragen.

Bedenklich erscheinen insoweit ausländische Gesetze, die das Kind im Scheidungsfall ohne Berücksichtigung des konkreten Kindeswohls einem Elternteil zuweisen oder die generell den Vater für berechtigt erklären (etwa islamische Rechte; vgl auch OLG Hamm FamRZ 1990, 781, 782 [Disqualifikation des nicht-islamischen Elternteils]). Aber auch hier greift der Vorbehalt des *ordre public* nur ein, wenn das Ergebnis *im Einzelfall* aus deutscher Sicht nicht hinnehmbar erscheint (OLG Stuttgart DAVorm 1986, 556 [Ägypten]). Der Sache nach ist also stets eine Kindeswohlabwägung entspr § 1671 vorzunehmen; stimmt das Ergebnis mit dem des ausländischen Gesetzes überein, bleibt es bei dessen Anwendung; weist es auf den anderen Elternteil, ist statt des ausländischen Gesetzes § 1671 anzuwenden. Wie im internen deutschen Recht, entscheidet auch im Rahmen der *ordre public*-Prüfung also stets das Kindeswohl, nicht der Gleichberechtigungsaspekt (vgl MünchKomm-SIEHR Art 19 EGBGB Rz 80; zu Einzelfällen vgl Vorbem 762, 766 zu Art 18 EGBGB; MünchKomm-SIEHR Art 19 EGBGB Anh Rz 473; PALANDT-HELDRIICH Art 6 EGBGB Rz 25).

223 3. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen

Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen s § 1666 Rz 184. Für Sorgerechtsentscheidungen gibt es kein besonderes Anerkennungsverfahren, die Anerkennungsfähigkeit wird regelmäßig als *Vorfrage* im deutschen Vollstreckungsverfahren gem § 33 FGG geprüft (BGH FamRZ 1983, 1008, 1011 f; FamRZ 1979, 577, 578 f; FamRZ 1977, 126, 127; OLG Düsseldorf FamRZ 1982, 534 f; OLG Koblenz NJW 1989, 2201, 2203; zur besonderen Rechtslage bei *Kindesentführungen* s Rz 228 ff). Die grundsätzliche Abänderbarkeit von Sorgerechtsentscheidungen auch nach ausländischem Recht steht ihrer Vollstreckbarkeit nicht entgegen (BGH FamRZ 1983, 1008, 1011). Auch *einstweilige Anordnungen* sind vollstreckungsfähig (OLG Koblenz aaO).

Die Anerkennungsfähigkeit kann aber auch in einem Änderungsverfahren oder in einem originären Sorgerechtsverfahren vor dem deutschen FamG zu prüfen sein – letzteres dann, wenn sich im Sorgerechtsverfahren ein Elternteil auf eine bereits ergangene ausländische Entscheidung beruft. Hierdurch wird eine Sachentscheidung des FamG nicht gehindert: Erweist sich die ausländische Entscheidung als anerkennungsfähig, so hat das FamG aus Gründen der Rechtsklarheit gleichlautend zu entscheiden (s aber noch Rz 226); bei mangelnder Anerkennungsfähigkeit ist der sorgeberechtigte Elternteil nach § 1671 zu bestimmen (BGH IPRax 1987, 317; NJW 1964, 1626).

224 Ist die ausländische Sorgerechtsentscheidung *Bestandteil eines Scheidungsurteils*, bedarf es grds dessen vorheriger Anerkennung im Verfahren nach Art 7 § 1 FamRÄndG (BGH FamRZ 1975, 273; OLG Frankfurt IPRspr 1976 Nr 202; Vorbem 625 zu Art 18 EGBGB sowie Art 19 EGBGB Rz 365 [KROPHOLLER]; krit HENRICH, Internationales Familienrecht [1989] S 247 f). Zu diesem Zweck ist das Verfahren gem § 148 ZPO auszusetzen (Inzidentanerkennung der Sorgerechtsentscheidung bleibt möglich, wenn die Scheidung im gemeinsamen Heimatstaat der Gatten ausgesprochen wurde, Art 7 § 1 Abs 1 S 3 FamRÄndG). Die Anerkennung des Scheidungsurteils impliziert nicht die der Sorgerechtsentscheidung (HENRICH aaO mwN).

225 Der **Prüfungsmaßstab** für die Anerkennung ergibt sich aus Art 7 MSA oder § 16 a FGG (ausf HENRICH, Internationales Familienrecht [1989] S 246 ff). Der Vorbehalt des *ordre public* (Art 16 MSA; § 16 a Nr 4 FGG) spielt dabei eine wichtige Rolle in der Rechtspraxis. Die Anerkennungsfähigkeit hängt nicht davon ab, ob das deut-

sche Gericht zur selben Kindeswohlbewertung gekommen wäre (so aber OLG Düsseldorf FamRZ 1982, 534, 535). Sie ist vielmehr nur dann zu versagen, wenn die ausländische Entscheidung in einem „starken Widerspruch“ zu deutschen Vorstellungen steht, wenn sie „untragbar“ erscheint (BGH FamRZ 1983, 1008, 1012; FamRZ 1979, 577, 580; FamRZ 1968, 642, 644; OLG Hamm FamRZ 1987, 506, 507). Dabei geht es nicht nur um einen kontrollierenden Nachvollzug der ausländischen Entscheidung, sondern auch um die Bewertung ihres Ergebnisses im Zeitpunkt der Vollstreckungsentscheidung in Deutschland (s vorstehende Nachw; DÖRR NJW 1989, 690, 696).

Obwohl diese *eingeschränkte Kindeswohlprüfung* im Lichte des *ordre public* dem **226** Grundsatz nach immer maßgeblich ist, wenn die Anerkennung einer ausländischen Sorgerechtsentscheidung in Frage steht, wird sie nach der Rspr des BGH im Ergebnis doch durch den *Eingriffsmaßstab des § 1696 BGB* (mit Art 2 MSA) verdrängt, wenn ein konkurrierendes deutsches Sorgerechtsverfahren anhängig gemacht worden ist. Selbst bei Anerkennungsfähigkeit der ausländischen Entscheidung soll demnach die Verpflichtung des FamG, gleichlautend zu entscheiden (s Rz 224), dann entfallen, wenn iSd § 1696 „triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe“ für eine abweichende Entscheidung sprechen (BGH IPRax 1987, 317, 318; BGHZ 64, 19, 29 f). In diesem Fall wird die ausländische Entscheidung gegenstandslos und ist nicht mehr vollstreckbar (BGH IPRax 1987, 318, 319; krit zur BGH-Rspr MANSEL IPRax 1987, 298, 300 f; SIEHR IPRax 1984, 309, 311 f).

Welcher Maßstab im einzelnen auch angelegt wird, abzuwägen sind stets auch die **227 Gesichtspunkte für und gegen einen Verbleib des Kindes beim Elternteil in Deutschland** (vgl BGH FamRZ 1979, 577, 580). Dabei können eine Rolle spielen die zwischenzeitliche *Verwurzelung* des Kindes im Inland (erwogen, aber abgelehnt in BGH FamRZ 1979, 577, 580 [nach vierjährigem Aufenthalt!]; OLG Hamm FamRZ 1987, 506, 508 [nach sechsmonatigem Aufenthalt]; ausschlaggebend gegen Anerkennung in OLG Düsseldorf FamRZ 1982, 535 bzw für Abänderung in BGH IPRax 1987, 317), der *Kindeswille* (OLG Düsseldorf aaO), *Sprachschwierigkeiten* im Aus- oder Inland (OLG Düsseldorf aaO; OLG Hamm FamRZ 1987, 506, 508) oder die *Staatsangehörigkeit* des Kindes (BGH FamRZ 1983, 1008, 1012; FamRZ 1979, 577, 580; iE anders OLG Düsseldorf aaO). Differenziert sind ausländische Entscheidungen zu beurteilen, die – nachdem zunächst dem deutschen Elternteil das Sorgerecht zugesprochen worden war unter der *Auflage*, daß das Kind im ausländischen Staat belassen wird – nach verbotswidrigem Umzug des Elternteils nach Deutschland das Sorgerecht dem anderen Elternteil übertragen haben. Ist die zweite Entscheidung lediglich Sanktion gegen die Auflagenmißachtung durch den deutschen Elternteil, dh beruht sie nicht auf einer sachlichen Kindeswohlabwägung, so ist ihr die Anerkennung zu versagen (vgl Rz 63). Hat das ausländische Gericht die zweite Entscheidung jedoch aus dem Kindeswohl begründet (wzu auch die Wertung gehören kann, daß das Kind besser im ausländischen Staat verbleibt, wo es bisher aufgewachsen ist), dann ist die Entscheidung anerkennungsfähig (deutlich differenzierend OLG Hamm FamRZ 1987, 506 ff; vgl auch BGH FamRZ 1983, 1008, 1012 f [aber zu Unrecht unterstellend, daß die ausländische Änderungsentscheidung auf einer Bewertung der Kindesinteressen beruhte]).

4. Insbesondere: Internationale Kindesentführungen

228

Angeichts jährlich bis zu 30 000 gemischt-nationaler Eheschließungen in Deutschland kommt dem Problem internationaler Kindesentführungen durch einen Elternteil im Scheidungsfall erhebliche Bedeutung zu (ca 200 Entführungen *aus* Deutschland pro Jahr, vgl Denkschrift der Bundesregierung BT-Drucks 11/5314 S 35). Vor

die Bewertung des Elternverhaltens im Rahmen der Kindeswohlabwägung (dazu Rz 85) schiebt sich hier das Bedürfnis, zunächst die bisherigen Betreuungsverhältnisse wiederherzustellen und die eigenmächtige Schaffung vollendeter Tatsachen zu verhindern. Zur Rechtslage nach dem Haager MSA und autonomen deutschen Recht s § 1666 Rz 182 ff (vgl auch OLG Hamburg ZfJ 1988, 94 ff). Nicht begrenzt auf Familiensachen, wohl aber schwerpunktmäßig für sie einschlägig sind darüber hinaus zwei für die Bundesrepublik Deutschland am 1. 12. 1990 bzw. 1. 2. 1991 in Kraft getretene internationale Abkommen: das **Haager Übereinkommen v 25. 10. 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen** und das **Europäische Übereinkommen v 20. 5. 1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses** (BGBl 1990 II, 206, 220; Ausführungsgesetz [SorgeRÜbkAG] v 5. 4. 1990, BGBl 1990 I, 701; Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks 11/5314 [zu den Abkommen] und BT-Drucks 11/5315 [zum SorgeRÜbkAG]; vgl zur Thematik § 1634 Rz 364–366 [PESCHEL-GUTZEIT]; MANSEL NJW 1990, 2176 ff; KROPHOLLER, Internationales Privatrecht S 348 ff; BAER ZRP 1990, 209 ff; BÖHMER RabelsZ 46 [1982], 643 ff; ders IPRax 1984, 282 ff; DESCHENAUX ZfJ 1987, 97 ff; REYMOND ZSR 100 [1981–I], 329 ff; STURM, FS Nagel [1987], 457 ff; MÜLLER-FREIENFELS JZ 1988, 120 ff; HÜSSTEGE, Der Uniform Child Custody Jurisdiction Act [1982] S 196 ff).

Beiden Abkommen geht es um eine möglichst schnelle und verfahrensmäßig unkomplizierte *Rückführung* der Kinder zum Ort ihres gewöhnlichen Aufenthalts, das Europäische Übereinkommen erleichtert und sichert darüber hinaus die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen. Die Übereinkommen sind jeweils *nur im Verhältnis zu den anderen Vertragsstaaten anzuwenden* und zielen insoweit auf internationale Kooperation. **Vertragsstaaten** sind (Stand 1. 1. 1991):

Haager Übereinkommen (Haager KindesEÜ): Australien, Belgien, Belize, Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Kanada, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Österreich, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Ungarn, USA (teilweise sind Vorbehalte eingelegt, vgl BT-Drucks 11/5314 S 36).

Europäisches Übereinkommen (EuKindesEÜ): Belgien, Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Österreich, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Zypern (zu Vorbehalten s BT-Drucks S 37).

Die Abkommen sind nebeneinander anwendbar, allerdings mit einer Präferenz für das Haager Übereinkommen, sofern der Antragsteller nicht die Anwendung des Europäischen Übereinkommens begehrt (§ 12 SorgeRÜbkAG). Die Anwendung anderer internationaler Verträge ist durch die Abkommen nicht ausgeschlossen, im *Verhältnis zum MSA* beansprucht das Haager Entführungs-Übereinkommen jedoch Vorrang, sofern sich die Anwendungsbereiche sachlich überschneiden und die beteiligten Staaten Vertragsparteien sowohl des MSA wie auch des Entführungs-Übereinkommens sind (Art 34 Haager KindesEÜ; vgl MANSEL NJW 1990, 2176).

229 a) Gemeinsame Regelungen

Nach beiden Übereinkommen haben die Vertragsstaaten eine **zentrale Behörde** zu bestimmen, die als Anlauf- und Schaltstelle fungiert und die notwendigen Maßnahmen einleitet, organisiert und überwacht. Diese Funktion ist dem **Generalbundesanwalt beim BGH** zugewiesen, der unmittelbar mit den deutschen Gerichten und Behörden verkehrt (§ 1 SorgeRÜbkAG). ZT wird der Generalbundesanwalt unmittelbar tätig (zB Weiterleitung von Anträgen, Rechtsauskünfte an ausländische Stellen, Ermittlungen unter Einschaltung von Polizei und Jugendamt; Art 7 Haager

KindesEÜ, Art 3, 5 EuKindesEÜ). Hierzu sowie zur Beauftragung von Vertretern (Rechtsanwalt, Staatsanwalt) gilt der Generalbundesanwalt als vom Antragsteller ermächtigt (§ 1 Abs 3 SorgeRÜbkAG). Die **Gerichte** sind hingegen zuständig für Rückgabeanordnungen, Umgangsregelungen und Bescheinigungen über die Widerrechtlichkeit einer Entführung für ausländische Verfahren (vgl § 15 Haager KindesEÜ; § 10 SorgeRÜbkAG).

Anträge auf Rückführung eines Kindes ins Ausland oder auf Anerkennung und **230** Vollstreckung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen („**eingehende Ersuchen**“) sind beim Generalbundesanwalt zu stellen (beim Haager KindesEÜ auch bei jedem Gericht oder Behörde, Art 30). Sie müssen in *deutscher Sprache* abgefaßt oder von einer deutschen Übersetzung begleitet sein, in Ausnahmefällen veranlaßt der Generalbundesanwalt die Übersetzung (§ 2 SorgeRÜbkAG; die Ausnahmeregelung bezieht sich sinnvollerweise nicht nur auf das Haager KindesEÜ, wie § 2 Abs 2 sagt, sondern auch auf das EuKindesEÜ gem § 2 Abs 1). Damit hat der Gesetzgeber von der Vorbehaltsmöglichkeit in Art 6 Abs 3 EuKindesEÜ Gebrauch gemacht.

Lehnt der Generalbundesanwalt ein beantragtes Tätigwerden nach den Entführungs-Übereinkommen ab, so kann hiergegen das **OLG** angerufen werden (§ 4 SorgeRÜbkAG; Entscheidung nach FGG). Dessen Entscheidung ist unanfechtbar (allerdings Divergenzvorlage gem § 28 FGG möglich).

Für Anordnungen nach den Übereinkommen sind – unter Durchbrechung der **231** allgemeinen Funktionsaufteilung zwischen VormG und FamG – grundsätzlich die **Familiengerichte** zuständig (also auch bei nichtehelichen Kindern; §§ 5, 6 SorgeRÜbkAG; vgl BT-Drucks 11/5315 S 11). Ist schon eine Ehesache anhängig, gilt Verbundzuständigkeit, sonst – auch bei nachträglicher Anhängigkeit einer Ehesache – ist das FamG am Aufenthaltsort des Kindes bei Antragsingang örtlich (unwandelbar) zuständig (§ 5 SorgeRÜbkAG). Die Weiterleitung eines Antrags durch den Generalbundesanwalt bindet das Gericht bei der Beurteilung seiner örtlichen Zuständigkeit nicht (BT-Drucks 11/5315 S 10).

Verfahrensrechtlich sind die betroffenen Angelegenheiten als **Familiensachen** nach **232** den Grundsätzen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu behandeln (§ 6 Abs 1 SorgeRÜbkAG). Alle beteiligten Stellen haben „*mit der gebotenen Eile zu handeln*“ (Art 11 Abs 1 Haager KindesEÜ; vgl Art 3 Abs 1 EuKindesEÜ). Konkrete Zeitvorgaben hat der Gesetzgeber nicht gesetzt; § 11 Abs 2 Haager KindesEÜ geht allerdings davon aus, daß binnen *sechs Wochen* nach Antragsingang eine Entscheidung getroffen sein sollte. Die Kompetenz zum Erlaß *einstweiliger Anordnungen* im Rahmen des Verfahrens wird ausdrücklich klargestellt (§ 6 Abs 2 SorgeRÜbkAG; diese Anordnungen sind unanfechtbar).

Im Hinblick auf die einschneidende Bedeutung gerichtlicher Rückführungsanordnungen werden diese erst **mit Rechtskraft wirksam**, sofern nicht das Gericht die sofortige Vollziehung anordnet (§ 8 Abs 1 SorgeRÜbkAG). Gegen die erstinstanzliche Entscheidung des FamG ist nur die *sofortige Beschwerde* zum OLG eröffnet (Frist: zwei Wochen, § 8 Abs 2 SorgeRÜbkAG), die weitere Beschwerde ist ausgeschlossen (aber Divergenzvorlage möglich). *Beschwerdeberechtigt* gegen Rückgabeanordnungen sind nur der Antragsgegner (der Entführer), das mindestens 14jährige Kind und das Jugendamt (vgl BT-Drucks 11/5315 S 14).

Besonderes gilt schließlich für „**ausgehende Ersuchen**“. Deutsche Sorgerechts- und **234** Herausgabeentscheidungen, die in einem anderen Vertragsstaat geltend gemacht werden sollen, sind zu **begründen** und mit einer **Vollstreckungsklausel** zu versehen (uU auch nachträglich, § 9 SorgeRÜbkAG; Klauseltextvorschlag in BT-Drucks 11/5315 S 13). Das Ersuchen kann nach den Kindesentführungs-Übereinkommen bei

den zentralen Behörden jedes Vertragsstaates eingereicht werden, gem § 11 Abs 1 SorgeRÜbkAG aber auch beim AG am (gewöhnlichen) Aufenthaltsort des Antragstellers. Dieses leitet als Justizverwaltungsbehörde den Antrag weiter an den Generalbundesanwalt. Anträge nach dem Haager KindesEÜ müssen von einer *Übersetzung in die Amtssprache* des ersuchten Staates, hilfsweise einer ins Französische oder Englische begleitet sein (§ 24 Abs 1 Haager KindesEÜ; *Vorbehalte*: Frankreich fordert stets französische, USA englische Übersetzung; Norwegen akzeptiert keine französischsprachigen Ersuchen oder Übersetzungen). Ähnliches gilt für Anträge nach dem EuKindesEÜ; wegen des deutschen Vorbehalts zugunsten der deutschen Sprache bei eingehenden Ersuchen (§ 2 Abs 1 SorgeRÜbkAG, s Rz 230) können jedoch auch alle anderen Vertragsstaaten auf ihrer Amtssprache bestehen (Art 6 Abs 3 EuKindesEÜ), so daß entsprechende Übersetzungen von vornherein tunlich sind. Diese veranlaßt der Generalbundesanwalt auf Kosten des Antragstellers (§ 11 Abs 2 SorgeRÜbkAG; Prozeßkostenhilfe möglich).

235 b) Das Haager KindesEÜ

Das Haager KindesEÜ bezweckt die Beachtung aller tatsächlich ausgeübten Sorgerechtsverhältnisse in allen Vertragsstaaten und die **sofortige Rückführung von Kindern** (bis zum 16. Lebensjahr), die in Verletzung eines solchen Sorgerechtsverhältnisses entführt oder (nach einem Besuch) zurückbehalten worden sind (Art 1, 4, 8). Das Kind muß unmittelbar vor der Verletzungshandlung seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat gehabt haben (Art 4 S 1). Ob der Entführer widerrechtlich gehandelt hat, ist vom FamG unmittelbar nach dem Recht und den gerichtlichen oder behördlichen Entscheidungen dieses Staates zu beurteilen, vorherige Anerkennung (etwa auch eines Scheidungsurteils gem Art 7 § 1 FamRÄndG) ist nicht notwendig (vgl BT-Drucks 11/5315 S 12). Bei Zweifeln über die Rechtslage kann eine Bescheinigung ausländischer Stellen über die Widerrechtlichkeit verlangt werden (Art 15).

- 236** Ist das FamG von der Widerrechtlichkeit des Verbringens oder des Zurückhaltens des Kindes in Deutschland überzeugt und kann es nicht nachweisen, daß der Sorgeberechtigte die Sorge zuvor tatsächlich nicht ausgeübt hatte oder dem Verbringen bzw Verbleiben zugestimmt hat (Art 13 Abs 1 Ziff a), hat es **grundsätzlich die sofortige Rückgabe des Kindes anzuordnen** (Art 12). Diese Anordnung ist **keine Sorgerechtsentscheidung**, sondern soll nur bestehende Sorgerechtsverhältnisse schützen und verhüten, daß künftige Sorgerechtsentscheidungen durch eigenmächtiges Verhalten der Parteien beeinflußt werden (Art 19; vgl PÉREZ-VERA in: BT-Drucks 11/5314 S 57). Bezweckt ist nur die Wiederherstellung des „status quo ante“, der Entführer soll sein Recht bei dem Gerichtsstand suchen, den er umgehen wollte (OberG Zürich BIZürchRspr 1989, 58 ff, 60, 63). Im übrigen ist zu differenzieren: Ist der Rückgabeantrag binnen eines Jahres nach der Entführung gestellt, ist ihm ohne weiteres stattzugeben (Art 12 Abs 1), bei späterer Antragstellung regelmäßig ebenfalls, sofern nicht die inzwischen eingetretene Verwurzelung des Kindes im neuen Lebensbereich entgegensteht (Art 12 Abs 2). Die konkrete Kindeswohlbeurteilung wird vom generalisierten Kindesinteresse an schneller Rückführung zurückgedrängt [PÉREZ-VERA S 41 f; BÖHMER RabelsZ 46 [1982], 643, 649; vgl OberG Zürich SJZ 1990, 46 f], im ersten Fall völlig, im zweiten in eine Korrektivfunktion. Allerdings enthält das Übereinkommen selbst einen allgemeinen Vorbehalt zugunsten des *ordre public* des Anordnungs-Staates (Art 20), der hinsichtlich der Rechtsposition des Kindes noch konkretisiert wird: Das FamG kann die Rückgabe ausnahmsweise ablehnen, wenn sie eine schwerwiegende Gefahr für das Kindeswohl bedeuten würde oder sonst unzumutbar wäre (Art 13 Abs 1 Ziff b) oder wenn das Kind sich der Rückgabe widersetzt und „ein Alter und eine Reife

erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen“ (Art 13 Abs 2). Die Kriterien für die Beachtlichkeit des Kindeswillens als Ausdruck von Selbstbestimmung (Rz 122 ff) sowie auf Vollstreckungsebene (§ 1666 Rz 170–173) sind hier entsprechend heranzuziehen, der Kindeswille fungiert also nur als Korrektiv bei einer grundsätzlich gebotenen Rückgabeentscheidung (BÖHMER aaO; vgl SIEHR IPRAx 1984, 309, 312; OberG Zürich BIZürchRspr 1989, 58, 60 ff mit sorgfältiger Einzelfallprüfung).

Ist deutschen Gerichten die Entführung mitgeteilt oder sonst bekannt geworden, **237 darf über das Sorgerecht nicht mehr entschieden werden**, es sei denn, ein Rückgabeantrag wird nicht gestellt oder ist gerichtlich abgelehnt worden (Art 16; eine regelmäßige Unterrichtung aller Gerichte durch die zentrale Behörde ist allerdings nicht vorgesehen, BT-Drucks 11/5315 S 12). Vorherige Sorgerechtsentscheidungen oder spätere in Unkenntnis der Entführung sind nicht unwirksam, stehen einer Rückgabeanordnung nach dem Übereinkommen aber auch nicht per se entgegen. Die Entscheidungsgründe sind vielmehr im Rahmen der Rückgabeentscheidung zu berücksichtigen (Art 17).

c) Das EuKindesEÜ

238

Das EuKindesEÜ will die **Rückgabe entführter Kinder durch erleichterte Anerkennung und Vollstreckung** ausländischer Sorgerechtsentscheidungen fördern. Nach der Konzeption des Übereinkommens ist hinsichtlich der grundsätzlichen **Pflicht zu Anerkennung und Vollstreckung** (Art 7) dreistufig zu differenzieren: Sie besteht **ohne Einschränkung**, wenn

- (1) der Antrag binnen sechs Monaten nach der Entführung gestellt wurde,
- (2) Kind und Eltern Angehörige des Staates sind, der die Sorgerechtsentscheidung erlassen hat und
- (3) das Kind dort auch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art 8 Abs 1, 2).

Ist die Voraussetzung zu (1), nicht aber zu (2) oder (3) gegeben, kann Anerkennung und Vollstreckung *versagt* werden bei Verfahrensmängeln der ausländischen Sorgerechtsentscheidung oder bei einem Konflikt mit einer deutschen Sorgerechtsentscheidung, die vor der Entführung vollstreckbar wurde (Art 9; aber keine inhaltliche Überprüfung der ausländischen Entscheidung). Nur wenn die Voraussetzung zu (1) fehlt, also bei Anträgen nach Ablauf der Sechs-Monats-Frist, können Gesichtspunkte des ordre public und des konkreten Kindeswohls gegen die Anerkennung in die Entscheidung eingebracht werden (Art 10 Abs 1 Ziff a, b), ebenso wie die engere Beziehung des Kindes zum ersuchten Staat (Art 10 Abs 1 Ziff c) oder die Kollision mit anderen Sorgerechtsentscheidungen (Art 10 Abs 1 Ziff d).

Kraft eines vom deutschen Gesetzgeber erklärten (in Art 17 EuKindesEÜ zugelassenen) **Vorbehalts** sind die in Art 10 Abs 1 Ziff a, b aufgeführten Gesichtspunkte des deutschen ordre public und des offensichtlich entgegenstehenden konkreten Kindeswohls jedoch **stets**, also auch in den Fällen der Art 8, 9 EuKindesEÜ, zu beachten (§ 7 SorgeRÜbkAG). Man war sich bewußt, daß damit die Effektivität des Übereinkommens beeinträchtigt wird, wollte aber doch eine Sicherung verfassungsrechtlicher Grundwerte entspr Art 6 S 2 EGBGB, § 328 Abs 1 Nr 4 ZPO und § 16 a Nr 4 FGG erreichen (BT-Drucks 11/5315 S 13). Insbesondere kann so veränderten Umständen seit der ausländischen Sorgerechtsentscheidung und einer zwischenzeitlichen Verwurzelung des Kindes im Inland Rechnung getragen werden (vgl BT-Drucks 11/5314 S 65 [Nr 48]) – die hierzu allgemein entwickelten Grundsätze (Rz 227) gelten also auch im Rahmen des EuKindesEÜ.

Der Vorbehalt kann spiegelbildlich auch von allen anderen Vertragsstaaten im Verhältnis zu deutschen Sorgerechtsentscheidungen angewendet werden (Art 17 Abs 2 EuKindesEÜ).

- 239** Die Prüfung, ob eine Anerkennung und Vollstreckung möglicherweise mit dem **konkreten Kindeswohl** unvereinbar ist, hat sich auf die Haltung des Kindes zu erstrecken (Art 15 Abs 1 Ziff a). Es können auch Ermittlungen in anderen Vertragsstaaten verlangt werden (Art 15 Abs 1 Ziff b). Wird unter Berufung auf das konkrete Kindeswohl nicht anerkannt, kann das FamG eine originäre Sorgerechtsentscheidung treffen. Mit dem Übereinkommen nicht vereinbar ist hingegen die gelegentliche Praxis deutscher Gerichte, die Anerkennung der ausländischen Entscheidung mit einer deutschen Abänderungsentscheidung gem § 1696 zu verbinden (Rz 226; vgl die Kritik bei SIEHR IPRax 1984, 309, 311 f mwN).
- 240** Steht das Kindeswohl der grundsätzlich gebotenen Anerkennung und Vollstreckung der ausländischen Sorgerechtsentscheidung nicht entgegen, so erfolgt diese, wenn die Entscheidung im Ursprungs-Vertragsstaat vollstreckbar ist, durch Hinzufügung einer **Vollstreckungsklausel** (§ 7 SorgeRÜbkAG; Art 14 EuKindesEÜ; Formulierungsvorschlag BT-Drucks 11/5315 S 13). Ist die Entscheidung im Ursprungs-Staat nicht vollstreckbar, wird ihre Anerkennung festgestellt und – auf Antrag – die Herausgabe des Kindes angeordnet (§ 7 Abs 2 SorgeRÜbkAG). Auch die bloße Feststellung der Anerkennung kann auf Antrag erfolgen (§ 7 Abs 3 SorgeRÜbkAG).

§ 1672

Leben die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt, so gilt § 1671 Abs. 1 bis 5 entsprechend. Das Gericht entscheidet auf Antrag eines Elternteils; es entscheidet von Amts wegen, wenn andernfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre und die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden.

GleichberG Art 1 Nr 22; 1. EheRG Art 1 Nr 29; SorgeRG Art 1 Nr 21

Schrifttum

S Angaben zu § 1671

Systematische Übersicht

- | | |
|--|--|
| I. Normbedeutung 1 | a) Grundsätze 15 |
| | b) Einzelheiten 16 |
| II. Voraussetzungen 5 | 2. Geltungsdauer 19 |
| 1. Nicht nur vorübergehendes Getrenntleben 5 | |
| 2. Antrag eines Elternteils 7 | IV. Verfahrensrechtliches 23 |
| a) Rechtliche Bedeutung 7 | 1. Allgemeines 23 |
| b) Folgerungen und Einzelheiten 8 | 2. Verhältnis zu einstweiligen Anordnungen gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO 24 |
| 3. Regelung von Amts wegen, S 2 HS 2 13 | 3. Vorläufige Anordnungen im Verfahren nach § 1672 25 |
| III. Entscheidung des Familiengerichts 15 | |
| 1. Inhalt der Entscheidung 15 | V. Auslandsbezüge 29 |

Alphabetische Übersicht

Aenderung der Sorgerechtsentscheidung 2, 22, 24	Internationales Recht 29 f
Alleinzuständigkeitsprinzip 16 f	Jugendamt 7, 15, 23
Anhörung 7, 25	Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 7
Antrag 7 ff, 15, 17, 22	Kindesschutzsystem 1, 3, 7, 14, 29
Antragsabweisung 15 f	Kindeswohl
Antragsbeschränkung 7, 9, 17	– als Eingriffslegitimation 15, 17, 25
Antragsrücknahme 8	– als Entscheidungsmaßstab 8 f, 11, 15 f
Aufhebung der Sorgerechtsentscheidung 22	– als Leitprinzip 7 f, 30
Aufenthaltsbestimmungsrecht 9, 17, 26	Kindeswohlgefährdung 7, 13, 25
Ausländisches Kind 29 f	Kindeswohlkriterien 18
Aussetzung des Verfahrens 8, 23	Kontinuitätsgrundsatz 2, 18, 25
Beschwerde 8, 20, 23, 28	Maßnahmen gem §§ 1666 ff 3, 6, 13 f, 22, 26
Eingriffsgrenze 13	Partnerwechsel 18
Einstweilige Anordnung	Pfleger 3 f, 14, 22, 27
– gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO 4, 9, 12, 19, 21, 24, 28	Rechtsmittel 20, 23, 28
– gem § 628 Abs 2 ZPO 21	Rechtsschutzbedürfnis 10 ff, 16, 23
Elterlicher Erziehungsprimat (Elternvorrang) 1, 7, 9, 13	Ruhen der elterlichen Sorge 6
Eltern-Kind-Beziehung 18	Scheidungsverfahren 12, 15, 19 ff, 23, 28
Ermittlungspflicht 2, 23	Scheidungsverfahren 12, 15, 19 ff, 23, 28
Erziehungsseignung 25	Übereinstimmender Elternvorschlag 9, 16
Erziehungsunvermögen 25	Umgangsrecht 2, 25
Familiengericht	Umplazierung 18, 25
– Entscheidung 8 ff, 15 ff, 25 ff	Unteilbarkeitsprinzip 9, 17, 26
– internationale Zuständigkeit 29 f	Unterhalt 4
– örtliche Zuständigkeit 23	Verbundverfahren 19
– sachliche Zuständigkeit 3, 7, 14, 22, 24, 26	Verfahrenskosten 11
Fehlverhalten der Eltern 13	Vermittlung 7, 11, 15
Gemeinsame Sorge 9, 15 ff	Vermögenssorge 9, 17
Geschwister 9	Versöhnung 22
Getrenntleben 1, 5 f, 20	Vorläufige Anordnung 20, 25 f, 28
Haager KindesEÜ 29	Vormund 3, 14, 22, 27
Haager MSA 29 f	Vormundschaftsgericht 3, 6, 14, 22, 26
Hauptbezugsperson 25	Wächteramt des Staates 1, 9

I. Normbedeutung

1

Die Vorschrift beruht auf dem Gedanken, daß die *faktische Auflösung* der Familiengemeinschaft das Wohl der Kinder schon ebenso, wenn nicht sogar stärker beeinträchtigen kann als die rechtliche Auflösung des Ehebandes. Es zerfällt nicht nur die tatsächliche Basis der gemeinsamen Sorgerechtsausübung der Eltern, sondern oft auch ihre grundsätzliche Kooperationsbereitschaft iSd § 1627 (ausf OLG Köln FamRZ 1980, 929, 930). Die Sorgerechtsregelung nach § 1672 soll hier die Kompetenzen klarstellen und die Kinder aus dem elterlichen Streit heraushalten.

Andererseits besteht die Ehe noch, die Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft ist nicht ausgeschlossen. Um nicht durch vorschnelle staatliche Eingriffe

das Zerwürfnis der Eltern zu vertiefen sowie im Lichte des allgemeinen Elternvorzangs gem Art 6 Abs 2 S 1 GG, fordert § 1672 als Voraussetzung einer gerichtlichen Sorgerechtsregelung deshalb grundsätzlich einen elterlichen **Antrag** (anders § 1671 Abs 1); nur bei Kindesgefährdung handelt das FamG **von Amts wegen**. Die Vorschrift ist damit legitimer Ausdruck des **staatlichen Wächteramts** gem Art 6 Abs 2 S 2 GG (BVerfG FamRZ 1982, 23) in seiner zweifachen Erscheinungsform: bei elterlichem Antrag der situationsspezifischen, vorgelagerten Wächterfunktion des Staates bei Auflösung der Familiengemeinschaft (s § 1671 Rz 19), sonst der staatlichen Wächterfunktion im Sinne des allgemeinen Kindesschutzrechts (§ 1666 Rz 2).

- 2 Die Sorgerechtsregelung nach § 1672 ist keine vorläufige, sondern eine familiengerichtliche **Endentscheidung** auf der Basis der Elterntrennung (umgangsrechtliche Konsequenz: § 1634 Abs 4; zur Geltungsdauer ie Rz 19 ff; zu vorläufigen Anordnungen Rz 25 ff). Für die richterliche Ermittlungspflicht wie auch die Abänderbarkeit (§ 1696) gelten deshalb im wesentlichen die gleichen Grundsätze wie bei Entscheidungen nach § 1671. Der Sache nach ist eine *präjudizielle Wirkung* einer Entscheidung gem § 1672 für die Sorgeverteilung nach Scheidung unverkennbar, insbes unter dem Einfluß des Kontinuitätsgedankens (ELL ZBIJugR 1980, 319, 321; ZfJ 1986, 289, 291; ZÖLLER-PHILIPPI § 620 ZPO Rz 31). Die Regelung nach § 1672 erfordert deshalb gleiche Sorgfalt wie die gem § 1671 (SCHWAB, Handbuch Rz III 194).
- 3 Die an § 1671 angelehnte Regelungsmöglichkeit des § 1672 ist durch das **GleichberG** eingeführt worden, zuvor war nur vormundschaftsgerichtliches Eingreifen nach § 1666 möglich. § 1672 aF erlaubte richterliche Entscheidungen nur auf elterlichen Antrag und nur zugunsten des einen oder anderen Elternteils (vgl Kommentierung in der Vorauf). Während die Eherechtsreform 1977 im wesentlichen nur eine Zuständigkeitsverlagerung auf das FamG brachte, hat das **SorgeRG** der familiengerichtlichen Regelungskompetenz nach § 1672 weitgehend auch die allgemeine kindesschutzrechtliche Richterfunktion der §§ 1666 ff integriert: Seitdem kann das FamG auch von Amts wegen tätig werden und (durch Verweis auf § 1671 Abs 5) Sorgebefugnisse auch auf einen Vormund oder Pfleger übertragen (zur Abgrenzung zur vormundschaftsgerichtlichen Zuständigkeit s Rz 14).
- 4 Die Wahrung **unterhaltsrechtlicher Interessen** des Kindes bei Trennung der Eltern ist vom Gesetzgeber in § 1629 Abs 2 S 2, Abs 3 (idF des UÄndG 1986) auch ohne Sorgerechtsregelung dadurch gesichert (und eine Sorgerechtsregelung nur zu diesem Zweck überflüssig gemacht), daß der *Obhuts-Elternteil* die Ansprüche des Kindes gegen den anderen Elternteil im Wege gesetzlicher Prozeßstandschaft geltend machen kann (s Erl zu § 1629; zum Begriff der „Obhut“ auch MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 54–56; für Ansprüche gegen den Obhuts-Elternteil bedarf es einer Pflegerbestellung). Die Sorgezuweisung an einen Elternteil nach § 1672 (auch durch vorläufige Anordnung oder gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO) verdrängt diese Kompetenz aus § 1629 (MASSFELLER-COESTER Rz 58).

II. Voraussetzungen

5 1. Nicht nur vorübergehendes Getrenntleben

Der Begriff des *Getrenntlebens* wird entsprechend der Definition in § 1567 bestimmt (hM, vgl SCHWAB, Handbuch Rz III 185; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 5; MünchKomm-HINZ Rz 3; aA ROLLAND Rz 3). Demgemäß reicht auch eine Trennung innerhalb der Ehewohnung. Eine nur im Interesse und zur Schonung der

Kinder aufrechterhaltene „Rest-Gemeinsamkeit“ schadet dabei nicht (OLG Köln FamRZ 1986, 388 f: gemeinsames sonntägliches Mittagessen), andernfalls würde die Kindesschutzvorschrift des § 1672 zu Kindeswohlwidrigem Elternverhalten zwingen.

Leben die Eltern *nicht oder nicht dauerhaft getrennt*, scheidet § 1672 aus, es bleiben 6 Eingriffsmöglichkeiten des VormG gem §§ 1666 ff. Bei faktischer Trennung ohne die in § 1567 geforderte „ehefeindliche Absicht“ kann auch *Ruhe* der elterlichen Sorge des abwesenden Elternteils eintreten (§§ 1674 Abs 1, 1675, 1678 Abs 1).

2. Antrag eines Elternteils

7

a) Rechtliche Bedeutung

Der Antrag im Rahmen des § 1672 hat nur eine begrenzte Funktion: Er begründet die Regelungskompetenz (und damit Eingriffslegitimation) des FamG schon dann, wenn eine Kindesgefährdung noch nicht vorliegt („gerufene Intervention“), er disponiert also über den elterlichen Regelungsprimat gem Art 6 Abs 2 S 1 GG. Nach Eröffnung staatlicher Regelungskompetenz durch die Eltern wird das gerichtliche Handeln jedoch – allgemeinen Grundsätzen entsprechend – vom **Kindeswohlprinzip** beherrscht. Nur begrenzte Freigaben staatlicher Intervention (durch Antragsbeschränkungen) sind im Hinblick auf den Elternprimat zu beachten, soweit sie mit dem Kindeswohl vereinbar sind (Rz 9).

Besondere Bedeutung erlangt in diesem „Frühstadium“ des Familienzerfalls die aus Art 6 GG folgende und in § 17 KJHG nunmehr umgesetzte **Pflicht** des Staates, **vor Eingriffen** zunächst – nötigenfalls helfend und unterstützend – **auf fortgeführte beiderseitige Wahrnehmung der Elternverantwortung hinzuwirken**.

Die jugendhilferechtliche Beratungs- und Unterstützungspflicht des Jugendamts gem § 17 Abs 1 Nr 3, Abs 2 KJHG setzt schon bei der *faktischen* Trennung an; bei der pflichtgemäßen Anhörung des *Jugendamts* durch das FamG (§ 49 a Abs 1 Nr 2 FGG) hat dieses dem Gericht darzulegen, ob und inwieweit die Möglichkeiten zur Wiederherstellung gemeinsamer Elternverantwortung nach Trennung ausgeschöpft worden sind (§ 50 Abs 2 KJHG). Das *FamG* hat seinerseits zu versuchen, die fortbestehende gemeinsame Elternverantwortung zu reaktivieren, hilfsweise, eine elterliche Einigung über die Sorgerechtsregelung herbeizuführen (vgl § 1671 Rz 24–26, 133, 168; zum Elternvorschlag im Verfahren nach § 1672 s Rz 16).

b) Folgerungen und Einzelheiten

8

Der Antrag kann von einem oder beiden Elternteilen gestellt werden. Er ist **Verfahrensvoraussetzung**, **bindet aber** das (allein dem Kindeswohl verpflichtete) FamG **nicht** (OLG Celle FamRZ 1978, 622; OLG Frankfurt FamRZ 1979, 177 f; OLG Köln FamRZ 1980, 929, 930; OLG Hamm FamRZ 1976, 284; SCHWAB, Handbuch Rz III 191). Demgemäß kann das FamG die Sorge auch dem Antragsgegner zuweisen (BayObLG FamRZ 1968, 659 sowie vorstehende Nachw) bzw das OLG zuungunsten des Beschwerdeführers in zweiter Instanz entscheiden (OLG Frankfurt aaO; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 6). Auch eine Aussetzung des Verfahrens gegen den Willen des Antragstellers ist grundsätzlich zulässig (Rz 23).

Die **Rücknahme des Antrags** bleibt zulässig bis zur letzten Tatsachenentscheidung; in diesem Fall darf eine Sachregelung nur noch ergehen, wenn die Voraussetzungen des S 2 HS 2 (Entscheidung von Amts wegen) vorliegen (RGRK-ADELMANN Rz 7; GERNHUBER § 56 I 2; SCHWAB, Handbuch Rz III 186).

- 9 Der Antrag kann auch auf eines oder einige Kinder einer **Geschwistergruppe** beschränkt werden (OLG Hamm FamRZ 1976, 284; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 6; MünchKomm-HINZ Rz 4; SCHWAB, Handbuch Rz III 188; Regelung für die anderen Kinder wieder nur gem S 2 HS 2).

Streitig ist, ob auch **inhaltliche Beschränkungen** zulässig sind. Dies ist aus Gründen des Kindeswohls zu *verneinen*, soweit nur *Teile der Personensorge*, insbes etwa das Aufenthaltsbestimmungsrecht, geregelt werden sollen (BGH FamRZ 1980, 1107, 1108 mwN; SCHWAB, Handbuch Rz III 187; zum Kindeswohl vgl § 1671 Rz 47; zu einstweiligen Anordnungen s § 1671 Rz 214; zu vorläufigen Anordnungen s unten Rz 25 ff). Das FamG hat den Antragsteller hierauf hinzuweisen und auf eine zulässige Antragstellung hinzuwirken; notfalls ist der nicht geänderte Antrag als unzulässig abzuweisen (OLG Hamm FamRZ 1976, 284, 285). **Zulässig** sind hingegen Anträge, die sich im Rahmen des § 1671 Abs 4 S 2 bewegen (Übertragung der Personensorge auf einen, der Vermögenssorge auf den anderen Elternteil, OLG Hamm aaO) – bei gemeinsamem Antrag liegt insoweit ein übereinstimmender Elternvorschlag entspr § 1671 Abs 3 S 1 vor (s Rz 16), bei einseitigem Antrag hat das FamG entspr § 1671 Abs 4 S 2 zu entscheiden. Der Antrag kann aber auch auf die Personensorge *oder* die Vermögenssorge (oder nur Teile der Vermögenssorge) *beschränkt* sein – im übrigen bleibt es beim gemeinsamen Sorgerecht der Eltern (BayObLG FamRZ 1976, 36, 37; KG FamRZ 1973, 151; OLG Hamm FamRZ 1976, 284; MünchKomm-HINZ Rz 4; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 9; SCHWAB, Handbuch Rz III 187, 195; **abl** GERNHUBER § 56 I 2; TREITZ S 85; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 11). Hierdurch können die Eltern eine über § 1671 Abs 3 S 1 hinausgehende *Bindung* für das Gericht erreichen, dieses kann über die vom Antrag nicht erfaßten Bereiche nicht entscheiden. Es kann aber den Antrag abweisen, wenn es die beantragte Teilregelung für den Kindesinteressen nicht dienlich hält (Rz 15). Durch diese Lösung wird sowohl dem durch das Antragsprinzip des § 1672 verstärkten Elternvorrang wie auch der staatlichen Verpflichtung auf das Kindeswohl Rechnung getragen.

- 10 Umstritten ist, ob neben dem Elternantrag noch ein zusätzliches **Rechtsschutzbedürfnis** zu fordern ist. ZT wird dies bejaht – das Rechtsschutzbedürfnis könne fehlen, wenn die Eltern trotz Trennung die Sorge bisher einvernehmlich wahrgenommen hätten und das Einvernehmen auch künftig gewährleistet erscheine (OLG Köln FamRZ 1980, 929, 931) oder wenn ein Elternteil die Sorgerechtsausübung bisher schon faktisch allein dem anderen überlassen habe und hieran nichts ändern wolle (OLG Hamm [7. FamS] FamRZ 1986, 503). Jedenfalls fehle ein Rechtsschutzinteresse für die Beantragung gemeinsamen Sorgerechts, dieses stehe den Eltern ohnehin zu (SCHWAB, Handbuch Rz III 191).

Dabei wird dem Antrag zumeist aber immerhin eine **Indizwirkung** für ein bestehendes Rechtsschutzbedürfnis zugesprochen (OLG Köln aaO; OLG Hamburg FamRZ 1988, 523; OLG Saarbrücken FamRZ 1989, 530).

Von der Gegenauffassung wird der Elternantrag hingegen als **unwiderlegliches Indiz** für ein Rechtsschutzbedürfnis genommen, dieses sei nicht gesondert zu prüfen (OLG Hamm [6. FamS] FamRZ 1986, 1039; OLG Koblenz FamRZ 1990, 550, 551; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 7; im wesentlichen auch SCHWAB, Handbuch Rz III 191).

- 11 Der Streit steht mit der weiteren Frage im Zusammenhang, ob das FamG trotz zulässigen Antrags eine Sorgerechtsregelung (ganz oder teilweise) **ablehnen** darf (Rz 15). Führt man sich die begrenzte Funktion des Elternantrags vor Augen, der lediglich die Barriere elterlichen Vorrangs vor staatlicher Kindeswohlwahrung beiseite räumt (Rz 7), wird deutlich, daß die Reaktion auf überflüssige und mutwil-

lige Anträge – sofern die gebotenen Vermittlungsversuche und Appelle an die elterliche Verantwortung (oben Rz 7) fruchtlos bleiben – nur aufgrund Sachprüfung im Lichte des Kindeswohls und nur durch (ggf ablehnende) **Sachentscheidung** erfolgen sollte. Anderes gilt nur, wenn für mutwillige Anträge Prozeßkostenhilfe begehrt wird (vgl AG Hannover FamRZ 1987, 1069, bestätigt durch das OLG Celle [in concreto aber verfehlt, da Mutwilligkeit fehlte]); im übrigen erlaubt § 13 a Abs 1 FGG, dem mutwilligen Antragsteller die Verfahrenskosten aufzuerlegen (JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 7).

Auch wenn dieser Auffassung nicht gefolgt wird, so entfällt ein Rechtsschutzbedürfnis jedenfalls nicht schon deshalb, weil im Rahmen eines anhängigen Scheidungsverfahrens eine *einstweilige Anordnung gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO* erlassen werden könnte (BGH FamRZ 1982, 788; OLG Hamburg FamRZ 1988, 523; OLG Saarbrücken FamRZ 1989, 530; zur Begründung s Rz 24) oder weil die Eltern sich *einig* sind, wer für die Trennungszeit das Sorgerecht haben solle (OLG Hamburg und OLG Saarbrücken aaO; verfehlt demgegenüber AG Hannover [vgl Rz 11] m krit Anm LUTHIN). Dies folgt schon aus dem Verweis des § 1672 auch auf § 1671 Abs 3 S 1.

3. Regelung von Amts wegen, S 2 HS 2

13

Nach S 2 HS 2 kann das FamG von Amts wegen eine Sorgerechtsentscheidung entspr § 1671 Abs 2 bis 5 treffen, wenn andernfalls das Kindeswohl gefährdet wäre, die Eltern keinen Antrag gem S 1 stellen und die Gefahr auch nicht auf andere Weise abwenden können oder wollen. Die Vorschrift ist in offensichtlicher *Anlehnung an § 1666 Abs 1* formuliert. Obwohl man im Rechtsausschuß offenbar der Meinung war, die Eingriffsgrenzen des § 1666 Abs 1 und § 1672 S 2 HS 2 seien unterschiedlich (BT-Drucks 8/2788 S 64), besteht zwischen beiden Vorschriften kein sachlicher Unterschied (dies ist besonders augenfällig, wenn – wie hier vertreten – bestimmtes elterliches Fehlverhalten auch in § 1666 für unwesentlich gehalten wird [vgl § 1666 Rz 17 ff, 22 ff]; es gilt aber auch sonst, vgl GERNHUBER § 56 I 2 [allein theoretischer Unterschied]; SCHWAB, Handbuch Rz III 192). Eine Vorverlagerung der Eingriffsgrenze ist rechtspolitisch diskutierbar, aus der geltenden Gesetzesfassung aber nicht zu begründen.

Sowohl hinsichtlich des **Gefährdungsbegriffs** wie auch des **Abwendungsprimats der Eltern** ist deshalb auf die Erläuterungen zu § 1666 zu verweisen (§ 1666 Rz 64 ff bzw 130, 131). Praktische Anwendungsfälle sind bislang nicht publiziert. Es sollen sowohl solche Fälle in Betracht kommen, in denen die Eltern sich durch Uneinigkeit blockieren, aber Anträge nach S 1 oder § 1628 nicht stellen (BT-Drucks 8/2788 S 64), als umgekehrt auch Fälle, in denen es wegen der elterlichen Uneinigkeit zu einer Häufung von Verfahren nach § 1628 kommt (BELCHAU Rz 5; MünchKommHINZ Rz 7; SCHWAB, Handbuch Rz III 192). Ausschlaggebend ist jedoch stets das Merkmal der *Kindeswohlgefährdung* – diese *kann* in den genannten Beispielen vorliegen, muß es aber nicht.

Die Bedeutung des S 2 HS 2 liegt demnach im wesentlichen darin, bisher dem **VormG** vorbehaltene Funktionen des Kindesschutzes auf das FamG zu übertragen (mit allerdings nicht völlig deckungsgleicher Regelungsmacht). Damit stellt sich das Problem der **Zuständigkeitsabgrenzung zwischen VormG und FamG**.

Unstreitig bleibt das VormG allein zuständig für die Streitschlichtung nach § 1628 und bei fehlendem oder nur vorübergehendem Getrenntleben der Eltern. Auch die Auswahl und Bestellung eines Vormunds oder Pflegers obliegt auf jeden Fall dem VormG, selbst wenn das FamG entspr § 1671 Abs 5 entschieden hat (§ 1671 Rz 196). Im übrigen herrscht Unklarheit (vgl § 1666 Rz 38; s auch SCHLÜTER-KÖNIG

FamRZ 1982, 1159, 1161 ff mwN): *Überwiegend* wird aus § 1672 gefolgert, daß nunmehr das **FamG vorrangig** zuständig sei, sei es im durch S 2 HS 2 eröffneten Kompetenzbereich (BGH FamRZ 1980, 1107, 1108; KG FamRZ 1990, 1021, 1022; SCHLÜTER-KÖNIG 1162 f), sei es umfassend „kraft Sachzusammenhangs“ (OLG Köln FamRZ 1980, 401; OLG Hamm FamRZ 1978, 941; diese Entscheidungen dürften durch die BGH-Entscheidung aaO überholt sein). Bei dauerhafter Elterntrennung *während* eines vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens nach § 1666 geht das KG allerdings von einer *perpetuatio fori* aus, wenngleich ohne Bindung des auch zuständig gewordenen FamG an die vormundschaftsgerichtliche Entscheidung (KG FamRZ 1990, 1021, 1022 ff). Vereinzelt wird auch eine verfahrensrechtliche Regelungssperre für das VormG angenommen, wenn ein Verfahren nach § 1672 beim FamG anhängig ist (STEIN-JONAS-SCHLOSSER § 621 ZPO Rz 3; dagegen SCHLÜTER-KÖNIG aaO).

Nach der *Gegenauffassung* besteht die vormundschaftsgerichtliche *neben* der familiengerichtlichen Zuständigkeit ungeschmälert fort (SCHWAB, Handbuch Rz III 193; MünchKomm-HINZ Rz 7). Das VormG sei oft eher informiert (Verfahren nach § 1628) und könne allein Maßnahmen auch mit Wirkung gegen Dritte treffen sowie unmittelbare Erklärungen der Eltern ersetzen (§ 1666 Abs 1 S 2, Abs 2). Doppelte Zuständigkeit sei dem Kindeswohl zuträglicher als Abgrenzungsschwierigkeiten mit der Gefahr eines negativen Kompetenzkonflikts (SCHWAB aaO).

Dieser Auffassung gebührt der Vorzug. Bei nur faktischer Trennung ist das VormG (noch) „näher daran“, ein gefährdetes Kind zu schützen. Der Schutz darf nicht von der (für anzeigende Dritte ohnehin kaum zu beantwortenden) Frage abhängen, ob die Trennung dauerhaft ist.

Schneller und effektiver Kindesschutz erfordert die **alternative Zuständigkeit von VormG und FamG**. Eine familiengerichtliche *Entscheidung* verdrängt jedoch vormundschaftsgerichtliche Regelungen.

III. Entscheidung des FamG

15 1. Inhalt der Entscheidung

a) Grundsätze

Der Inhalt der familiengerichtlichen Entscheidung richtet sich nach § 1671 Abs 2 bis 5 (das Umgangsrecht nach § 1634 Abs 4). Fraglich ist, ob das FamG eine sachliche Regelung treffen **muß** (OLG Hamm FamRZ 1976, 284 f; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 7; RGRK-ADELMANN Rz 7; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5; GERNHUBER § 56 I 2) oder ob es den elterlichen Antrag auch mangels Regelungsbedürfnisses (ganz oder teilweise) abweisen darf (MünchKomm-HINZ Rz 5; ROLLAND Rz 7; SCHWAB, Handbuch Rz III 191, 194 f).

Folge einer Abweisung wäre das Fortbestehen gemeinsamer elterlicher Sorge, idR gegen den Willen zumindest eines Elternteils.

Im Scheidungsfall ist diese Entscheidungsalternative nicht eröffnet: § 1671 Abs 1 verlangt eine positive Entscheidung, und fortbestehendes gemeinsames Sorgerecht ist konzeptionell nicht Auffangregel, falls keine bessere Lösung gefunden wird, sondern ist vom FamG nur – sofern das Kindeswohl nicht entgegensteht – konstitutiv anzuordnen, wenn beide Eltern damit einverstanden sind (§ 1671 Rz 167, 169 ff; zum konstitutiven Charakter der Entscheidung s dort Rz 185). Der Verweis des

§ 1672 S 1 auch auf § 1671 Abs 1 könnte bedeuten, daß dieses System auch bei Elterntrennung gilt.

Andererseits ist zu bedenken, daß die Eltern noch miteinander verheiratet sind und daß die Zuweisung des Sorgerechts zu einem Elternteil die Trennung notwendigerweise vertieft. Gemeinsame Sorgeverantwortung für gemeinschaftliche Kinder verheirateter Eltern ist der gesetzliche Regelfall (§§ 1626, 1627).

Das im elterlichen Sorgerecht steckende und es prägende **Pflichtelement** erstreckt sich gerade auch auf die **gemeinschaftliche** Wahrnehmung. Die Verantwortungsgemeinschaft kann von den Gatten nicht gekündigt werden, ihre Auflösung ist der richterlichen Entscheidung vorbehalten und muß aus dem Kindeswohl legitimiert werden. Der Regelungsantrag bei elterlichem Getrenntleben indiziert eine Regelungsnotwendigkeit im Kindesinteresse, belegt diese aber nicht zwingend (vgl die in Rz 10 zit Fälle: Antragstellung trotz einvernehmlicher Ausübung der elterlichen Sorge bzw streitloser Überlassung an einen Elternteil). Ausschlaggebend ist schließlich der Hinweis auf die unvermeidliche *präjudizielle Wirkung* von Sorgerechtsregelungen nach § 1672 auf die endgültige Neuordnung bei Scheidung (s Rz 2): Solange und soweit bei bestehender Ehe ein Eingriff in die gemeinsame Sorgeverantwortung nicht notwendig ist zum Schutze der Kindesinteressen, sollte er unterbleiben und die Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses dem Scheidungsurteil überlassen bleiben (SCHWAB, Handbuch Rz III 194). Allerdings wird es sich dabei nur um seltene Ausnahmefälle handeln. In aller Regel werden die pflichtgemäße Beratung und Unterstützung durch das Jugendamt bzw entsprechende Einwirkungen durch das FamG (Rz 7) zur Antragsrücknahme führen.

b) Einzelheiten

16

Ein **übereinstimmender Elternvorschlag** entfaltet die in § 1671 Abs 3 S 1 festgelegte Bindungswirkung für das FamG (OLG Koblenz FamRZ 1990, 550, 551; Münch-Komm-HINZ Rz 8; SCHWAB, Handbuch Rz III 191). Der Umstand, daß die Eltern die gewünschte Alleinsorge eines Teils der Sache nach auch durch Bevollmächtigung erreichen könnten (vgl AG Hannover FamRZ 1987, 1069), macht allein eine gerichtliche Regelung noch nicht überflüssig. Anderes gilt für den (auch wohl nur theoretischen) Fall, daß beide Eltern das **gemeinsame Sorgerecht** begehren – diese haben sie ohnehin inne (RGRK-ADELMANN Rz 10; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 11; ähnl SCHWAB, Handbuch Rz III 191 [Rechtsschutzinteresse fehlt]; vgl Rz 10). Stellt ein Elternteil den Antrag auf Alleinsorge, der andere den Gegenantrag auf gemeinsames Sorgerecht, so begehrt letzterer damit bei sinnvoller Auslegung nur Abweisung des Regelungsantrags. Das FamG wird im einen oder anderen Sinne nach dem Kindeswohl (§§ 1672, 1671 Abs 2) entscheiden.

Für die **famliengerichtliche Entscheidung** gelten die Grundsätze der **Unteilbarkeit 17 und Alleinzuständigkeit** wie im Scheidungsfall (§ 1671 Rz 38 ff; BGH FamRZ 1980, 1107, 1108; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 11). Insbesondere kann die Entscheidung nicht auf einen Teil der Personensorge, etwa das Aufenthaltsbestimmungsrecht, beschränkt werden (OLG Hamm FamRZ 1976, 284 f; vgl Rz 9 zur entsprechenden Antragsbeschränkung). Besteht unter dem Aspekt des Kindeswohls ein Regelungsbedürfnis nur für die Vermögenssorge (bzw einen Teilbereich davon) oder nur für die Personensorge, so kann die famliengerichtliche Entscheidung auf diesen Bereich selbst dann beschränkt werden, wenn der elterlichen Antrag umfassend gestellt war (Rz 15; zu insoweit beschränkten *Anträgen* Rz 9). Der nicht geregelte Bereich verbleibt dann in der gemeinsamen Sorgeverantwortung der Eltern (BayObLG FamRZ 1976, 36, 37; SCHWAB, Handbuch Rz III 195; vgl Münch-

Rechtsmittel sind die Beschwerde und – ausnahmsweise – die weitere Beschwerde, § 621 e Abs 1, 2 ZPO.

24 2. Verhältnis zu einstweiligen Anordnungen gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO

Ist ein Scheidungsverfahren anhängig, kann das FamG die elterliche Sorge (auf Antrag oder von Amts wegen) auch durch einstweilige Anordnung nach § 620 S 1 Nr 1 ZPO regeln. Da die **Sorgerechtsregelung nach § 1672** nicht nur auf summarischer Prüfung beruht und höhere Bestandskraft hat (vgl Rz 22 im Vergleich zu §§ 620 b Abs 1, 620 f ZPO), hat sie eine andere Qualität als die einstweilige Anordnung und ist **grds vorrangig**. Hieraus folgt: Liegt noch keine Regelung vor, haben die Eltern die freie Wahl, welchen Rechtsbehelf sie beantragen (BGH FamRZ 1982, 788; OLG Frankfurt FamRZ 1983, 91; SOERGEL-STRÄTZ Rz 10; MünchKomm-HINZ Rz 13; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 8; SCHWAB, Handbuch Rz III 197; LUTHIN FamRZ 1983, 92). Ist ein isoliertes Sorgerechtsverfahren bereits anhängig, so darf eine einstweilige Anordnung gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO nur ergehen, wenn hierfür eine Notwendigkeit besteht (OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 405; SOERGEL-STRÄTZ Rz 10; SCHWAB, Handbuch Rz III 197). Umgekehrt hindert eine einstweilige Anordnung im Scheidungsprozeß eine Entscheidung nach § 1672 nicht, sondern wird von ihr verdrängt (KG FamRZ 1985, 722; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER Rz 8; zu Unrecht fordert demgegenüber JOHANNSEN-HENRICH-SEDEMUND-TREIBER § 620 ZPO Rz 12 ein „besonderes Rechtsschutzbedürfnis“ für das Verfahren nach § 1672). Konsequenterweise kann eine Regelung nach § 1672 auch nicht durch eine einstweilige Anordnung abgeändert werden (KG FamRZ 1985, 722 f; JOHANNSEN-HENRICH-SEDEMUND-TREIBER aaO).

25 3. Vorläufige Anordnungen im Verfahren nach § 1672

Eilmaßnahmen im isolierten Sorgerechtsverfahren werden zwar vom Gesetz nicht erwähnt, sind aber nach allgemeinen Grundsätzen des FGG zulässig (allgM, KG FamRZ 1984, 1143, 1144; OLG Stuttgart FamRZ 1982, 1235; SCHWAB Handbuch Rz III 196). Für eine vorläufige Anordnung muß aber ein **dringendes Bedürfnis** bestehen, das es im Kindesinteresse verbietet, bis zum Zeitpunkt der Endentscheidung nach § 1672 zu warten (KG aaO; OLG Zweibrücken FamRZ 1983, 1162, 1163). Vorläufige Anordnungen sind kein legitimes Mittel, die Entscheidung nach § 1672 summarisch vorwegzunehmen und faktisch oft überflüssig zu machen. Es genügt deshalb nicht, daß eine vorläufige Anordnung dem Kindeswohl dienlicher ist als ihr Unterbleiben, vielmehr muß *ohne sie* das *Kindeswohl ernsthaft beeinträchtigt* sein; die vorläufige Anordnung muß eine dringend erforderliche Verbesserung der Kindessituation bewirken (OLG Karlsruhe FamRZ 1990, 304, 305). Dies kann zB der Fall sein, wenn die Eltern sich gegenseitig das Kind wegnehmen (OLG Zweibrücken aaO; vgl OLG Hamm FamRZ 1988, 864, 868; OLG Hamburg ZfJ 1988, 94 ff), aber auch hier in aller Regel nicht ohne Anhörung der Parteien und des Kindes (OLG Frankfurt FamRZ 1988, 98, 99), oder wenn das Kind von seiner Hauptbezugsperson eigenmächtig getrennt wurde und die vorläufige Anordnung zunächst den status quo wiederherstellen will (vgl die Ansätze der internationalen Kindesentführungsabkommen, § 1671 Rz 228 ff), oder wenn sich das Kind bei einem ungeeigneten Elternteil oder in unzuträglichen Lebensverhältnissen befindet (alle Beispiele bei OLG Karlsruhe FamRZ 1990, 304, 305). *Nicht ausreichend* ist die bloße rechtliche Absicherung einer Betreuungssituation, wenn keine Entführungsgefahr besteht oder – auch im Hinblick auf den Kontinuitätsgrundsatz – der Wunsch nach Umplazierung des Kindes, nur weil der Elternteil, der das Kind gegenwärtig

nicht betreut, bei summarischer Beurteilung besser geeignet erscheint. Gleichermäßen nicht ausreichend ist der dringende Wunsch eines Elternteils, mit den Kindern fortzuziehen, weil er es mit dem Gatten in der Familienwohnung trotz Getrenntlebens „nicht mehr aushält“ – nur die Kindesbedürfnisse sind maßgeblich (AG Landstuhl FamRZ 1990, 1025 f).

Im Gegensatz zur Endentscheidung sind vorläufige Anordnungen auf Einzelbefugnisse, etwa auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht, **beschränkbar** (KG FamRZ 1977, 475; FamRZ 1984, 1143, 1144; OLG Hamm [5. FamS] FamRZ 1979, 157; [5. FamS] FamRZ 1988, 199; [8. FamS] FamRZ 1988, 864, 866; OLG München FamRZ 1978, 54; OLG Stuttgart FamRZ 1982, 1235; OLG Zweibrücken FamRZ 1983, 1162 f; **aA** OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 91; OLG Hamm [6. FamS] FamRZ 1979, 177; SCHWAB, Handbuch Rz III 187). Vorläufige Anordnungen sollten auf den **geringstmöglichen Eingriff** beschränkt werden, da sie nur auf summarischer Prüfung beruhen, dennoch aber faktisch spätere Entscheidungen präjudizieren (OLG Stuttgart aaO). Ge- oder Verbote zur Sicherung des Kindesinteresses fallen aber aus dem grundsätzlichen Kompetenzbereich des FamG heraus, sie können nur vom VormG erlassen werden (vgl. KG FamRZ 1984, 1143 f: Verbot, mit den Kindern aus der Stadt wegzuziehen; KG FamRZ 1985, 1059 f: Austragung der Kinder im Paß des Elternteils; ebenso Hinterlegung der Kinderausweise; **aA** OLG Stuttgart FamRZ 1982, 1235: auch insoweit Zuständigkeit des FamG).

Diese Aufteilung ist ebenso unsinnig wie de lege lata unabweisbar.

Die Übertragung von Sorgerechtsbefugnissen auf einen **Dritten** (Pfleger, Vormund) ist nur unter den Voraussetzungen des § 1671 Abs 5 zulässig (OLG Hamm FamRZ 1988, 199 f).

Ist ein Scheidungsverfahren anhängig, sind auch **einstweilige Anordnungen nach § 620 S 1 Nr 1 ZPO** möglich. Zwischen beiden Anordnungen besteht freie Wahl (OLG Frankfurt FamRZ 1983, 91 [m zust Anm LUTHIN]; OLG Karlsruhe FamRZ 1988, 1186, 1187; OLG Stuttgart FamRZ 1982, 1235; **aA** [Vorrang des § 620 S 1 Nr 1 ZPO] OLG Bremen FamRZ 1982, 1033; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 405). Wenn das Verfahren gem § 1672 auch noch während des Scheidungsprozesses zulässig ist, muß sich dies auch auf vorläufige Anordnungen in diesem Verfahren beziehen; außerdem sind diese durch Beschwerde anfechtbar (§ 19 Abs 1 FGG), einstweilige Anordnungen gem § 620 S 1 Nr 1 ZPO hingegen nicht.

V. Auslandsbezüge

29

Hinsichtlich der **internationalen Zuständigkeit** und des **anwendbaren Rechts** gelten dieselben Grundsätze wie zu § 1671 (s dort Rz 219 ff). Bei Getrenntleben der Gatten wird häufiger die Eilzuständigkeit gem Art 9 MSA (mit grds Anwendbarkeit deutschen Rechts, ohne Rücksicht auf Gewaltverhältnisse des Heimatrechts des Kindes) in Betracht kommen. Bei **internationalen Kindesentführungen** ist vorrangig Rückführung nach dem Haager KindesEÜ geboten oder Anerkennung ausländischer Entscheidungen statt eigener Sorgerechtsregelung (s § 1671 Rz 228 ff). Anerkennungsfähig sind auch auf die Trennungszeit beschränkte ausländische Sorgerechtsentscheidungen (BGH FamRZ 1983, 1008, 1011).

Stützt das FamG seine internationale Zuständigkeit auf Art 1 MSA, kann die Frage problematisch werden, ob das Heimatrecht des Kindes ein **ex-lege-Gewaltverhältnis iSv Art 3 MSA** vorsieht. Die Gerichte haben sich besonders häufig mit *türkischen Familien* zu beschäftigen: Nach Art 263 türkisches ZGB berührt die tatsächliche Trennung der Gatten die gemeinsame elterliche Sorge nicht, in Streitfragen gilt der

Stichentscheid des Vaters. Dies als gesetzliche Problemlösung iSd Art 3 MSA anzusehen und Sorgerechtsregelungen nach § 1672 für in Deutschland lebende Kinder abzulehnen, ist jedoch verfehlt (*gegen* OLG Nürnberg IPRax 1984, 220 [m krit Anm HENRICH]; OLG Köln IPRax 1989, 311 f [m krit Anm HENRICH]). Nicht für das Sorgerecht selbst (übersehen in OLG Hamm FamRZ 1989, 1324 = IPRax 1990, 126 [m krit Anm HENRICH]), wohl aber für dessen *Ausübung* enthält das türkische Recht durchaus eine regelungsfähige Lücke (Art 162 türkische ZGB, ausgelegt in Anlehnung an Art 170 Schweizer ZGB), die nach deutschem Recht (§ 1672) auszufüllen ist (Heimatrechts- oder Anerkennungstheorie; OLG Celle FamRZ 1989, 1324 f; OLG Koblenz FamRZ 1990, 552 f; AG Kitzingen IPRax 1985, 298 [m zust Anm JAYME]).

Selbst wenn aber der väterliche Stichentscheid als nicht regelbares gesetzliches Gewaltverhältnis betrachtet würde (so auch KG IPRspr 1981 Nr 91; OLG Hamburg DAVorm 1983, 151), verstieße er doch sowohl im Hinblick auf Art 3 GG wie auch auf das Kindeswohlprinzip (Art 1, 2, 6 GG) gegen den deutschen *ordre public* (Art 16 MSA) und wäre – bei kindeswohlwidrigem Ergebnis (vgl § 1671 Rz 222) – nicht anzuerkennen (AG München IPRax 1983, 131; HENRICH IPRax 1984, 220; ders IPRax 1989, 312; ders IPRax 1990, 126).

Gleiches gilt, wenn nach einem *islamischen Recht* das deutsche Sorgerecht allein dem Vater zusteht (aA OLG Celle FamRZ 1990, 656 f [Iran]).

Vorbemerkungen zu §§ 1673 ff

1 I. Ausfall sorgeberechtigter Eltern

Das den ehelichen Eltern grundsätzlich gemeinsam zugewiesene Sorgerecht (§§ 1626, 1627) bzw das Alleinsorgerecht der nichtehelichen Mutter (§ 1705) kann aus verschiedenen Gründen **enden**, es kann **ruhen** (Fall der rechtlichen Verhinderung) oder die Eltern können schlicht **tatsächlich gehindert** sein, ihrer Sorgeverantwortung nachzukommen. Die praktisch bedeutsamsten Fälle eines Wegfalls oder einer Beschränkung des Sorgerechts sind in §§ 1666–1672 geregelt; §§ 1673 ff ergänzen diese Tatbestände und regeln die Folgen für den anderen Elternteil. Insgesamt ist dieser Regelungskomplex nicht nur unübersichtlich, sondern auch lückenhaft und zT veraltet (s § 1673 Rz 2).

Zu unterscheiden sind die **Gründe** für diese Ereignisse, soweit sie sich aus dem Recht ergeben, und andererseits die **Folgen**.

- 2 Die **Gründe** für eine (uU teilweise) **Beendigung** der elterlichen Sorge sind teils unsystematisch im Gesetz geregelt (richterliche Eingriffe gem §§ 1631 a Abs 2, 1632 Abs 4, 1666 ff, 1671 f; kraft Gesetzes §§ 1670 Abs 1, 1677 [in Verschollenheitsfällen], § 1755 Abs 1), teils folgen sie implizit aus dem Gesetz oder der Natur der Sache (Tod des Sorgeberechtigten; Wegfall des Sorgebedürfnisses durch Volljährigkeit [§ 1626 Abs 1, § 2] oder Tod des Kindes [vgl § 1698 b]). **Ruhensgründe** finden sich in §§ 1673 (fehlende oder beschränkte Geschäftsfähigkeit), 1674 (richterliche Feststellung andauernder tatsächlicher Verhinderung), 1751 Abs 1 S 1 (Erteilung der Adop-tionseinwilligung). Ruhensähnlich wirkt der Konkurs eines Elternteils auf die Vermögenssorge des anderen (§ 1680 Abs 1 S 4); ein Fall sonstiger rechtlicher Verhinderung ist in § 1629 Abs 2 geregelt. Die Gründe **tatsächlicher Verhinderung** (§ 1678 Abs 1) sind vom Gesetz offengelassen.

- 3 Hinsichtlich der **Folgen** für die weitere Sorgeverantwortung ist grundsätzlich danach zu unterscheiden, ob – bei fortdauerndem Sorgebedürfnis – noch ein anderer

sorgeberechtigter Elternteil, in dessen Person obige Gründe nicht vorliegen, vorhanden ist oder nicht.

Waren bisher **zwei sorgeberechtigte Elternteile** vorhanden, erstarkt das Sorgerecht des anderen Elternteils regelmäßig zur Alleinsorge oder zumindest zur Alleinausübung, wenn und soweit der eine ausfällt (§§ 1678 Abs 1 [rechtliche oder tatsächliche Verhinderung], 1680 Abs 1 S 1 [vormundschaftsgerichtlicher Entzug, mit richterlicher Korrekturmöglichkeit, S 2], 1681 Abs 1 S 1 [Tod eines Elternteils]). **Ausnahmen:** §§ 1680 Abs 1 S 3 (Vermögenssorge bei Konkurs, dazu auch § 1670 Rz 9); 1629 Abs 2 S 1 (Interessenkollision bei Vertretung; zur beidseitigen Disqualifikation der Eltern MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 27 f; GERNHUBER § 50 III 5; für den Entzug des Vertretungsrechts gem §§ 1629 Abs 2 S 2, 1796 gilt hingegen der obige Grundsatz, MASSFELLER-COESTER Rz 50 [str]).

War der ausfallende Elternteil **alleinsorgeberechtigt** und ist der andere Elternteil **4** insoweit grundsätzlich sorgegeeignet (Scheidungs- und Trennungsfälle, §§ 1671, 1672), geht das Sorgerecht zwar niemals ex lege auf ihn über (Kinderschutz!), wohl aber ist es ihm als rechtlicher Regelfall gerichtlich zu übertragen (§§ 1678 Abs 2 [andauerndes Ruhen beim bisher Sorgeberechtigten], 1680 Abs 2 [gerichtlicher Entzug], 1681 Abs 1 S 2, Abs 2 S 1 [Tod oder Todeserklärung]). Dies gilt nicht bei nur vorübergehendem Ruhen in der Person des Alleinsorgeberechtigten (s folgende Rz).

Steht **kein anderer sorgefähiger Elternteil** zur Verfügung, so ist dem Kind nach **5** allgemeinen Regeln bei völligem Ausfall des Sorgeberechtigten ein **Vormund** (§ 1773 Abs 1), bei teilweisem Ausfall ein **Pfleger** zu bestellen (§ 1909 Abs 1). Dies gilt auch bei vorübergehendem Ruhen des Sorgerechts (§ 1678 Rz 23) wie auch für den gesetzlich nicht geregelten Fall des **Ausfalls beider sorgeberechtigter Elternteile** (GERNHUBER § 55 I 2; vgl § 1666 Rz 145; § 1671 Abs 5, dazu § 1671 Rz 196).

Im übrigen kann bei jeglicher Verhinderung der Eltern an der Sorgeausübung **6** subsidiär das **VormG dringliche Maßnahmen** zur Wahrung der Kindesinteressen unmittelbar **selbst treffen**, insbes auch zur Überbrückung von Übergangssituationen (§ **1693**; bei völligem Wegfall der Sorgeberechtigten vgl § **1846**).

Zu den **Folgen** des Ruhens für den betroffenen Elternteil S § 1675; zur **Abwicklung 7** nach Ende oder Ruhen der elterlichen Sorge s hinsichtlich des Kindesvermögens § 1698 (Herausgabe und Rechenschaft), § **1698 b** (nach Tod des Kindes); zum Schutz gutgläubiger Eltern § **1698 a**.

II. Folgen gerichtlicher Sorgerechtsingriffe

8

Teilweise überschneidend mit der vorstehenden Systematisierung sind unter dem Aspekt „Folgen gerichtlicher Sorgerechtsregelungen“ von Bedeutung: § **1696** als Generalnorm für die Überprüfung und Änderung aller vormundschaftsgerichtlichen und familiengerichtlichen Entscheidungen im Bereich der elterlichen Sorge; § 1680 Abs 1 zieht die Konsequenz aus der gerichtlichen (oder gesetzlichen) Entrechtung eines Elternteils gem §§ 1666 ff für den anderen Teil; speziell für den Ausfall des nach Entscheidung gem §§ 1671, 1672 alleinsorgeberechtigten Elternteils s §§ 1678 Abs 2; 1680 Abs 2; 1681 Abs 1 S 2, Abs 2 S 1 (bei beidseitigem Sorgerechtsentzug: oben Rz 5).

9 III. Beistandschaft, Sonstiges

Recht ausführlich regelt das Gesetz in §§ 1685–1692 die bürgerlichrechtliche Beistandschaft (zur jugendhilferechtlichen Beistandschaft vgl §§ 18 Abs 1, 30, 54 Abs 4 S 1 KJHG).

Kindesschutzrechtliche Bestimmungen auf dem Gebiet der Vermögenssorge enthält schließlich (an systemwidriger Stelle) § 1683.

§ 1673

Die elterliche Sorge eines Elternteils ruht, wenn er geschäftsunfähig ist.

Das gleiche gilt, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Die Personensorge für das Kind steht ihm neben dem gesetzlichen Vertreter des Kindes zu; zur Vertretung des Kindes ist er nicht berechtigt. Bei einer Meinungsverschiedenheit geht die Meinung des minderjährigen Elternteils vor, wenn der gesetzliche Vertreter des Kindes ein Vormund oder Pfleger ist; andernfalls gelten § 1627 Satz 2 und § 1628.

E I § 1554 Abs 1 S 1; II § 1565; III § 1652. GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 1 Nr 22, Art 9 § 2 Nr 3; BetrG Art 1 Nr 20.

Schrifttum

KIRSCH, Das Ruhen der elterlichen Sorge, Rpfleger 1988, 234; OLLMANN, Die Stellung von minderjährigem Elternteil und Vormund nach § 1673 Abs 2 BGB, ZBJugR 1981, 45; WALTER, Betreuung und elterliche Sorge, FamRZ 1991, 765.

Systematische Übersicht

I. Allgemeines

1. Normbedeutung 1
2. Textgeschichte 3
3. Sachlicher Anwendungsbereich und Abgrenzungen 4

II. Geschäftsunfähigkeit, Abs 1

1. Tatbestand 11
2. Rechtsfolgen 12
 - a) Ruhen der elterlichen Sorge; Beginn und Ende 12
 - b) Rechtsstellung des betroffenen Elternteils 15
 - c) Sorgeverantwortung für das Kind nach Eintritt des Ruhens 18

III. Minderjähriger Elternteil

1. Tatbestand 19
2. Rechtsfolgen: Grundsätze 20
3. Rechtsstellung des minderjährigen Elternteils im Bereich der tatsächlichen Personensorge 24
4. Entscheidungskonflikte 26
 - a) Auf dem Gebiet der tatsächlichen Personensorge 26
 - b) Personensorge/Vertretung 27
 - c) Personensorge/Vermögenssorge 28

IV. Internationales Privatrecht 29

Alphabetische Übersicht

Ärztlicher Eingriff 22, 27

Aufenthaltsbestimmungsrecht 24

Ausübungsbindung 14, 20, 23, 25 ff

Beschränkte Geschäftsfähigkeit 1 ff, 5, 10, 19 ff

Betreuung (§ 1896) 8 ff, 19

Bevollmächtigung 22

Einwilligungsvorbehalt (§ 1903) 8 ff

Erforderlichkeitsgrundsatz 8

Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge 12 ff

– Anfechtung 13 f

– Aufhebung 14

5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

Geistig behinderte Eltern 7, 12	Pfleger 5, 13 f, 18, 20 f, 26 ff
– vorübergehende Störung 7	
Gemeinschaftsgebundenes Sorgerecht s	Religion 22
Ausübungsbindung	
Geschäftsunfähigkeit 1 f, 4, 8, 11 ff	Schuld 2
– partielle 11	
Geschiedene/getrennt lebende Eltern 14,	Umgangsrecht (§ 1634) 15
16, 18	
Großeltern 25	
	Verfahrens(geschäfts)fähigkeit 13, 24
Haager MSA 29	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 2
Herausgabeverlangen (§ 1632 Abs 1) 24	Vermögenssorge 5, 11, 15, 20 f, 23, 28
	Vertretung 5, 15, 20 ff, 26 ff
IPR 29	Vormund 5, 13 f, 16 ff, 20 f, 23, 26 ff
	– Entlassung 27
Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 2	Vormundschaft für Elternteil 14
	Vormundschaftsgerichtliche Eingriffe
Minderjähriger Elternteil 3, 5, 19 ff	– gem §§ 1666 ff 17, 25
	– gem § 1837 27
Nicht miteinander verheiratete Eltern 18 f	– gem § 1693 7, 27

I. Allgemeines**1. Normbedeutung****1**

Die Vorschrift beruht auf dem Grundgedanken, daß rechtliche Sorgeverantwortung für andere nur demjenigen zustehen kann, der in eigenen Angelegenheiten volle rechtliche Handlungskompetenz besitzt. Fehlende oder beschränkte Geschäftsfähigkeit eines Elternteils sind deshalb rechtliche Hinderungsgründe für die Ausübung der ihm grundsätzlich zustehenden elterlichen Sorge (zum Begriff des „Ruhens“ der elterlichen Sorge § 1675; zur Gesetzessystematik s Vorbem zu §§ 1673 ff).

Nach früherem Recht erfüllten §§ 1673, 1674 eine Auffangfunktion gegenüber dem verschuldensabhängig interpretierten § 1666. Seitdem diese Vorschrift Beschränkungen der elterlichen Sorge auch ohne elterliche Schuld, schon bei objektivem Ausfall der elterlichen Schutzverantwortung für das Kind zuläßt (§ 1666 Rz 12 ff), erscheint die pauschale und (bei § 1673) automatische Entrechtung von Eltern mit Kompetenzdefiziten eher fragwürdig (zur vergleichbaren persönlichkeitsrechtlichen Problematik im Geschäftsfähigkeitsrecht s CANARIS JZ 1987, 993 ff; 1988, 434 ff) – vor allem auch im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in seiner konkreten Ausformung durch § 1666 a sowie das KJHG (vgl näher § 1674 Rz 6, 16; s auch unten Rz 8).

2. Textgeschichte**3**

Die ursprünglich in § 1676 aF enthaltene Vorschrift ist zunächst durch das GleichberG (Art 1 Nr 22) verändert worden, das Personensorgerecht der minderjährigen Mutter wurde aus § 1696 aF hierher in Abs 2 übernommen. Die Neuregelungen durch das VolljährigkeitsG und das SorgeRG erforderten weitere sachliche und terminologische Anpassungen (Art 1 Nr 22, Art 9 § 2 Nr 3 SorgeRG). Der Wegfall von Entmündigung, Gebrechlichkeitspflegschaft und beschränkter Geschäftsfähigkeit für Volljährige auf Grund des BetrG führte zur vorläufig letzten Änderung und nunmehr geltenden Gesetzesfassung (Art 1 Nr 20 BetrG vom 12. 9. 1990, in Kraft ab 1. 1. 1992, BGBl 1990 I 2002, 2003).

4 3. Sachlicher Anwendungsbereich und Abgrenzungen

Abs 1 läßt die Sorge des **geschäftsunfähigen Elternteils** in vollem Umfang ruhen. Geschäftsunfähigkeit eines Elternteils kann sich – seit Wegfall der Entmündigung – allein aus § 104 Nr 2 ergeben (sog. „natürliche Geschäftsunfähigkeit“; zur hieraus resultierenden Rechtsunsicherheit auch über die Sorgeberechtigung s Rz 13; vgl COESTER Jura 1991, 1, 6). Abs 1 ist demnach durch das BetrG zwar nicht textlich, wohl aber inhaltlich wesentlich verändert worden.

- 5 Im **Abs 2** ist fortan ausschließlich der Fall **beschränkter Geschäftsfähigkeit** geregelt (der alternative Ruhensgrund der Gebrechlichkeitspflegschaft nach § 1910 Abs 1 aF ist mit dieser Institution entfallen; zum betreuten Elternteil unten Rz 8–10). Beschränkt geschäftsfähig kann **nur noch der minderjährige Elternteil** sein (§ 114 aF ist aufgehoben). Die Ruhenswirkung betrifft beim minderjährigen Elternteil nur die Vermögenssorge und die Vertretung des Kindes; im übrigen unterscheidet Abs 2 danach, ob neben dem minderjährigen Elternteil als gesetzlicher Vertreter des Kindes der andere Elternteil oder ein Vormund/Pfleger vorhanden ist (s Rz 21, 26–28).
- 6 § 1673 ist auf die Thematik „rechtliche Verhinderung an der Sorgerechtsausübung wegen persönlicher Kompetenzdefizite“ beschränkt. **Andere Fälle rechtlicher Verhinderung** finden sich in § 1674 (richterliche Feststellung tatsächlicher Ausübungsverhinderung) und § 1629 Abs 2 (Vertretungshindernis bei Interessenkollision; zu Einzelheiten und Folgen auch für den anderen Elternteil s Vorbem zu §§ 1673 ff Rz 3).
- 7 **Keine rechtliche Verhinderung** bewirkt die **vorübergehende geistige Störung**: Sie führt nicht zur Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr 2, sondern nur zur Nichtigkeit der in der Störungsphase abgegebenen Willenserklärung, § 105 Abs 2. Aus dem Blickwinkel des elterlichen Sorgerechts, das durch diese Vorschrift nicht rechtlich berührt wird, stellt sich § 105 Abs 2 als **tatsächliches Ausübungshindernis** dar (ERMAN-MICHALSKI Rz 4; MünchKomm-HINZ Rz 3; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3; SOERGEL-STRÄTZ Rz 4; KIRSCH Rpfleger 1988, 234, 235). Die unmittelbare Folge ergibt sich aus § 1678 Abs 1, richterliche Maßnahmen sind möglich gem § 1693, uU auch § 1674 – insgesamt ist die sorgerechtliche Stellung geistig behinderter Eltern unbefriedigend und unklar geregelt (s § 1674 Rz 16).
- 8 Auch die Anordnung einer **Betreuung** (§ 1896) und ggf eines **Einwilligungsvorbehalts** (§ 1903) beeinträchtigen als solche **nicht** die sorgerechtliche Kompetenz eines Elternteils, der nicht auch gem § 104 Nr 2 geschäftsunfähig ist. Die schlichte Betreuung berührt die Geschäftsfähigkeit nicht, sie ist generell nicht als disqualifizierendes, sondern als nur unterstützendes Rechtsverhältnis konzipiert. Überdies ist die Anordnung der Betreuung strikt am Erforderlichkeitsgrundsatz auszurichten (§ 1896 Abs 1 S 1, Abs 2 S 1), thematisch begrenzte Betreuung ist der Regelfall. Schon nach bisherigem Recht hat aber die begrenzte Pflegschaft gem § 1910 Abs 2, 3 aF keine Auswirkungen auf das Sorgerecht gehabt. Aber auch für den seltenen Fall einer Totalbetreuung hielt der Gesetzgeber einzelfallorientierte und differenzierte Maßnahmen nach §§ 1666–1667 für angemessener als pauschale Entrechtungen nach § 1673 (BT-Drucks 11/4528, 108; abzulehnen WALTER FamRZ 1991, 765, 770, die bei geschäftsfähigen, aber einsichtsunfähigen Betreuten § 1673 Abs 1 analog anwenden will).
- 9 Schwieriger ist die Rechtslage beim **Einwilligungsvorbehalt** gem § 1903, der für seinen Themenbereich eine der beschränkten Geschäftsfähigkeit ähnliche Rechtsstellung des Betreuten zur Folge hat (§ 1903 Abs 1 S 2, Abs 3; vgl COESTER Jura 1991, 1, 6f). Dabei sind zwei Fragen zu unterscheiden:

(1) Kann sich der Einwilligungsvorbehalt auf Willenserklärungen im Rahmen elterlicher Sorgerechtsausübung beziehen?

(2) Löst ein umfassender Einwilligungsvorbehalt das (beschränkte) Ruhen der elterlichen Sorge gem § 1673 Abs 2 aus?

Die **erste Frage** ist zu **verneinen**. Ein Einwilligungsvorbehalt ist nur zulässig zur Abwehr von Gefahren für den Betreuten selbst, nicht von Gefahren für Dritte (BT-Drucks 11/4528, 136). Die Gefahr für den betreuten Elternteil, dem Kind schadensersatzpflichtig zu werden, reicht nicht aus, sie ist im Hinblick auf oft mangelnde Schuld sowie § 1664 zu fernliegend. Außerdem würde ein Einwilligungsvorbehalt bezüglich sorgerechter Erklärungen den Betreuer praktisch zum Mitsorgeberechtigten machen, ohne ihn in eine entsprechende Verantwortung unmittelbar dem Kind gegenüber einzubeziehen. Ist Fehlauseübung des Sorgerechts zu befürchten, so bieten den richtigen Ansatz für Kindes- und Betreutenschutz die §§ 1666–1667 (**aA** WALTER FamRZ 1991, 765, 771 [§ 1673 Abs 1 analog]).

Im Ergebnis ähnliches gilt für die **zweite Frage**, betreffend einen Elternteil, der 10 unter Totalbetreuung und einen (vorbehaltlich § 1903 Abs 2) umfassenden Einwilligungsvorbehalt gestellt, aber noch nicht geschäftsunfähig iSd §§ 104 Nr 2, 1673 Abs 1 ist. Da diese Situation in § 1673 Abs 2 nicht ausdrücklich geregelt worden ist, käme allenfalls eine analoge Anwendung (über den Begriff der „beschränkten Geschäftsfähigkeit“) in Betracht. Obwohl die Materialien zum BetrG diese Frage nicht unmittelbar ansprechen (vgl BT-Drucks 11/4528, 136), liegt es doch näher, von einem „beredten Schweigen“ des Gesetzgebers iS einer **bewußten Ablehnung des § 1673 Abs 2** auszugehen als von einer Gesetzeslücke. Der auf die Betreuung generell bezogene Verweis auf §§ 1666 ff (BT-Drucks 11/4528, 108) gilt sinngemäß auch für den Einwilligungsvorbehalt – er ist auch sachlich die angemessene Antwort (zu einer möglichen Anwendung auch des § 1674 s dort Rz 6, 16).

II. Geschäftsunfähigkeit, Abs 1

11

1. Der **Tatbestand** setzt lediglich Geschäftsunfähigkeit voraus (dazu Rz 4), die ipso iure eintritt, wenn sich ein Elternteil in einem Zustand gem § 104 Nr 2 befindet, und gleichermaßen automatisch entfällt, wenn eine Besserung dieses Zustands eintritt. Bei nur **partieller Geschäftsunfähigkeit** (dazu RGZ 162, 223, 229; BGH FamRZ 1971, 243; § 104 Rz 24–26 mwN) kommt es darauf an, ob der defizitäre Kompetenzbereich gerade auch die Sorgerechtsausübung umfaßt – bei nur mittelbarer oder marginaler Betroffenheit der Sorgerechtsfähigkeit greift § 1673 Abs 1 nicht ein, ggf sind Maßnahmen nach §§ 1666 ff zu treffen. Bezieht sich allerdings die Geschäftsunfähigkeit auf abgrenzbare Teile der elterlichen Sorge (zB Vermögenssorge), tritt die Ruhenswirkung beschränkt auf diesen Teil ein (vgl BayObLGZ 1978, 172, 174; s auch § 1674 Rz 10).

2. Rechtsfolgen

a) Ruhen der elterlichen Sorge; Beginn und Ende

12

Die Kompetenz zur Ausübung der elterlichen Sorge ist gem Abs 1 – gewissermaßen akzessorisch – an den Bestand der Geschäftsfähigkeit gebunden. Die elterliche Sorge „**ruht**“, dh die Ausübungskompetenz entfällt bei grundsätzlichem Verbleib der Sorgerechtssubstanz (näher § 1675) deshalb **kraft Gesetzes** mit der Geschäftsfähigkeit, ist also mittelbar abhängig von dem natürlichen Zustand der dauernden krankhaften Geistesstörung iSd § 104 Nr 2. Eine gerichtliche Feststellung des Ru-

hens oder der Geschäftsunfähigkeit ist weder notwendig noch gesetzlich vorgesehen.

- 13 Die sich hieraus ergebende **Rechtsunsicherheit** ist offenkundig (vgl GERNHUBER § 55 III 3 Fn6; KIRSCH Rpfleger 1988, 234, 235), der Gesetzgeber selbst hat ihr in § 1698 a für einen Teilaspekt (Schutz des betroffenen, aber gutgläubigen Elternteils) Rechnung getragen. Im übrigen behilft sich eine verbreitete Praxis praeter legem, aber billigenswerterweise mit **deklaratorischen Feststellungsbeschlüssen** über das Ruhen gem Abs 1 (vgl BayObLG FamRZ 1976, 711, 712 f; GERNHUBER aaO). Häufig wird das Ruhen auch implizit im Verfahren der Vormunds- oder Pflegerbestellung oder der Übertragung der elterlichen Sorge auf den anderen Elternteil gem § 1678 Abs 2 festgestellt. Sowohl bei isolierter wie auch impliziter Feststellung ist von der **Verfahrensgeschäftsfähigkeit des betroffenen Elternteils** für die Anfechtung des Beschlusses auszugehen (BayObLG FamRZ 1976, 711, 712; OLG Düsseldorf FamRZ 1969, 663; OLG Hamm OLGZ 1971, 76; ERMAN-MICHALSKI Rz 8; SOERGEL-STRÄTZ Rz 4).
- 14 Ebenso automatisch **entfallen die Ruhenswirkungen**, wenn der Elternteil wieder geschäftsfähig wird (BayObLG Rpfleger 1968, 22; anders bei § 1674, s dort Rz 22). Eine angeordnete Vormundschaft endet (§ 1882), eine Pflegschaft ist aufzuheben (§ 1919), für den gem § 1678 Abs 1 allein ausübungsberechtigten anderen Elternteil tritt die Ausübungsbindung des § 1627 wieder in Kraft. Lediglich eine gerichtliche Übertragung auf den anderen Elternteil bei geschiedenen oder getrennten Eltern gem § 1678 Abs 2 wird nicht ipso iure rückgängig gemacht (§ 1678 Rz 29). Das Ende des Ruhens ist auch noch in der Rechtsbeschwerdeinstanz zu beachten (BayObLG FamRZ 1976, 711, 713). War das Ruhen in einem isolierten Beschluß gerichtlich festgestellt worden, so besteht trotz seiner nur deklaratorischen Bedeutung ein Rechtsschutzinteresse an einem klarstellenden Aufhebungsbeschluß (BayObLG aaO). Das Ende der Vormundschaft (und damit implizit des Ruhens) ist hingegen vAw festzustellen (MünchKomm-Schwab § 1882 Rz 12).

15 b) Rechtsstellung des betroffenen Elternteils

Zur Wirkung des Ruhens im allgemeinen s § 1675; zum Schutz des gutgläubigen Elternteils § 1698 a. **Kindesvermögen** ist an den neuen gesetzlichen Vertreter des Kindes herauszugeben (§ 1698 Abs 1), es sei denn, dieser (etwa der andere Elternteil) hat es schon in Besitz. Der geschäftsunfähige Elternteil behält das Recht zum **persönlichen Umgang** mit dem Kind (§ 1634, s dort Rz 116, 126), Einschränkungen oder Ausschluß sind nach den zu § 1634 Abs 2 S 2 entwickelten Grundsätzen zu beurteilen (s § 1634 Rz 261 ff).

- 16 Bei Sorgerechtsentscheidungen anläßlich von Scheidung oder Trennung (§§ 1671, 1672) scheidet der Elternteil, dessen Sorge ruht, nicht ipso iure als Platzierungsalternative aus – unter Würdigung seines Zustands, der Besserungshoffnungen sowie aller sonstigen Umstände beider Elternteile kann zu seinen Gunsten oder Ungunsten entschieden werden. Im ersten Fall ist für die Zeit bis zur erwarteten Wiedererlangung der Sorgerechtsfähigkeit ein Vormund zu bestellen, im zweiten Fall verliert der betroffene Elternteil auch sein bis dahin nur ruhendes Sorgerecht (§ 1671 Rz 34).
- 17 Eingriffe in das ruhende Sorgerecht gem §§ 1666, 1667 scheiden aus: Die rechtliche Verhinderung an der Ausübung seines Sorgerechts gem §§ 1673 Abs 1, 1675 bedeutet auch das Ausscheiden des Elternteils aus seiner sorgerechtlichen Verantwortung für den Schutz des Kindes, so daß eine konkrete Kindesgefährdung nicht auf sein Versagen in dieser Schutzfunktion zurückgeführt werden kann (vgl § 1666 Rz 24, 73). Handlungen des geschäftsunfähigen Elternteils, die das Kind gefährden, ge-

schehen nicht in Ausübung des elterlichen Sorgerechts, sie sind im Rahmen des § 1666 Abs 1 als „Verhalten eines Dritten“ einzustufen (abzuwehren primär vom Sorgeberechtigten bzw Vormund, hilfsweise vom VormG, vgl § 1666 Rz 74).

c) Sorgeverantwortung für das Kind nach Eintritt des Ruhens

18

Wird von zwei Eltern mit gemeinsamen Sorgerecht einer geschäftsunfähig, so übt gem § 1678 Abs 1 HS 1 der andere die elterliche Sorge alleine aus. War der geschäftsunfähige Elternteil nach Trennung oder Scheidung allein-sorgeberechtigt (§§ 1671, 1672) und steht der andere Elternteil als geeigneter, potentieller Sorgerechtsinhaber zur Verfügung, so kann ihm das Sorgerecht übertragen werden (§ 1678 Abs 2). In allen anderen Fällen (kein sorgerechtsfähiger anderer Elternteil vorhanden oder Geschäftsunfähigkeit beider Elternteile) ist ein Vormund oder Pfleger zu bestellen (vgl Vorbem 3 ff zu §§ 1673 ff).

III. Minderjähriger Elternteil, Abs 2

1. Tatbestand

19

Beschränkt geschäftsfähig kann nur ein **minderjähriger Elternteil** sein (oben Rz 5). Bei Elternehe muß der andere Teil volljährig, der minderjährige Teil 16 Jahre alt sein (§ 1 Abs 2 EheG). Bei nichtehelicher Elternschaft fallen auch jüngere Mütter unter den Tatbestand des Abs 2 (vgl § 106). Eine entsprechende Anwendung des Abs 2 auf betreute Elternteile scheidet aus (oben Rz 8–10).

2. Rechtsfolgen: Grundsätze

20

„Das gleiche“ (Abs 2 S 1), dh das Ruhen der elterlichen Sorge gilt für den minderjährigen Elternteil nur hinsichtlich der Vermögenssorge und der gesetzlichen Vertretung des Kindes gem § 1629: Die **Ruhenswirkung** ist also **sachlich beschränkt**. Die **tatsächliche Personensorge** steht dem minderjährigen Elternteil in gleichem Maße zu wie einem Volljährigen – dies allerdings stets neben einem anderen Personensorgeberechtigten, entweder dem anderen Elternteil oder einem Vormund/Pfleger. Das Recht des minderjährigen Elternteils ist also stets ein **gemeinschaftsgebundenes Sorgerecht** (zu Entscheidungskonflikten Rz 26 ff). Die gelegentliche Bezeichnung als „Nebensorgerecht“ (in Anlehnung an die Rechtsstellung der verheirateten Mutter nach der ursprünglichen Konzeption des BGB, § 1634 aF; vgl MünchKomm-HINZ Rz 7; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 3) ist irreführend, da das Recht des minderjährigen Elternteils im Verhältnis zum Gatten Gleichrang, zum Vormund/Pfleger Vorrang hat (zutr OLLMANN ZBlJugR 1981, 45, 50).

Der **andere Inhaber des Personensorgerechts** wird von Abs 2 S 2 als „gesetzlicher **Vertreter des Kindes**“ bezeichnet, dem über die Personensorge hinaus allein die Vermögenssorge und Vertretung zusteht. Beim (volljährigen) Ehegatten ergibt sich diese Kompetenz zwanglos aus §§ 1626, 1678 Abs 1, 1629 Abs 1 S 3, beim Vormund aus §§ 1773, 1793, 1800, jeweils iVm § 1673 Abs 2 S 1, 2. Nicht bedacht ist der Fall, daß beide verheirateten Eltern zwar personensorgeberechtigt, aber auch der volljährige Teil nicht vertretungsberechtigt ist (etwa nach Entzug gem § 1629 Abs 2 S 3 iVm 1796 oder gem § 1666). In diesem Fall ist gesetzlicher Vertreter des Kindes ein Pfleger (§ 1909 Abs 1), dem aber nun – entgegen dem Wortlaut des Abs 2 S 2 HS 1 – sinnvollerweise nicht auch noch (als Drittem) das tatsächliche Personensorgerecht zustehen kann (zu Konsequenzen noch unten Rz 26).

Der Ausschluß des minderjährigen Elternteils von der **Vertretung des Kindes** kann 22 durch rechtsgeschäftliche **Bevollmächtigung** seitens des gesetzlichen Vertreters ab-

gemildert werden (KGJ 38, A 34; OLG Dresden SeuffA 66 Nr 115). Der Ausschluß bezieht sich auch nicht auf rechtsgeschäftliches Handeln im Interesse des Kindes, das **in eigenem Namen des Elternteils** erfolgt (sog „amtsähnliche Handlungen“, vgl MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 5, 9) – allerdings wird im Hinblick auf § 107 regelmäßig die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des *Elternteils* notwendig sein (OLLMANN ZBIJugR 1981, 45, 47). Darüber hinaus wird gefordert, Abs 2 auf den minderjährigen Elternteil insoweit nicht anzuwenden (ihn also als voll vertretungsberechtigt anzusehen), als Minderjährigen generell für bestimmte Entscheidungen Teilmündigkeit zuerkannt wird (zB Religionsfragen §§ 3, 5 RelKEG, oder ärztliche Eingriffe bei Einwilligungsfähigkeit; vgl OLLMANN 47).

23 Beginn und Ende des Ruhens folgen den zu Abs 1 dargelegten Grundsätzen (Rz 12–14): Der minderjährige Elternteil erwirbt das Recht zur elterlichen Sorge von vornherein nur unter den Einschränkungen des §§ 1673 Abs 2, 1675, er erwirbt Vermögenssorge und Vertretung also nur als latente Rechtsmacht, die Personensorge stets in der Ausübungsbindung gem Abs 2. Diese Ruhenswirkungen entfallen automatisch mit Eintritt der Volljährigkeit. Schon vorher kann dem minderjährigen Elternteil das alleinige elterliche Sorgerecht gem §§ 1671, 1672 übertragen werden (bei praktisch voller Chancengleichheit); allerdings endet dadurch das Ruhen nicht, der Zeitraum bis zur Volljährigkeit ist durch Vormundbestellung zu überbrücken (§ 1671 Rz 34, vgl oben Rz 16).

24 3. Rechtsstellung des minderjährigen Elternteils im Bereich der tatsächlichen Personensorge

Zum **Begriff der tatsächlichen Personensorge** sowie zur Abgrenzung einerseits zur Vermögenssorge, andererseits zur Vertretung auf dem Gebiet der Personensorge s Erl zu § 1626. Insbes gehören dazu das Recht zur persönlichen Pflege und Erziehung des Kindes, das Aufenthaltsbestimmungsrecht sowie der Herausgabeanspruch gem § 1632 Abs 1 (GERNHUBER § 55 III 4 Fn 7; MünchKomm-HINZ § 1632 Rz 6). Aus diesen Kompetenzen ergibt sich auch die entsprechende **Verfahrensfähigkeit** des minderjährigen Elternteils für Anträge, Beschwerden sowie das Herausgabeverfahren gem § 1632 Abs 3, einer Analogie zu § 607 ZPO bedarf es nicht (vgl KG JFG 16, 253, 256 f; BayObLG FamRZ 1969, 430 f; GERNHUBER § 55 III 4 Fn 7; OLLMANN ZBIJugR 1981, 45, 46). Das Sorgerecht eines minderjährigen Elternteils bezieht sich naturgemäß auf ein Kleinkind; praktisch gegenstandslos sind deshalb die Personensorgebefugnisse gem § 3 Abs 2 EheG oder § 1632 Abs 2.

25 Für das nicht ruhende Personensorgerecht des minderjährigen Elternteils gelten im übrigen die **allgemeinen Grundsätze zur elterlichen Sorge gem § 1626**. Vormundschaftsgerichtliche Eingriffe sind nur nach §§ 1666, 1666 a zulässig (OLG Celle ZblJugR 1954, 305; LG Lübeck FamRZ 1955, 270), unzumutbare oder schlicht nachteilige Entscheidungen genügen nicht. Wird die Personensorge gem § 1666 entzogen, entfällt für deren anderen Inhaber (Rz 20) ohne weiteres die in Abs 2 S 3 geregelte Ausübungsbindung (vgl KG JFG 9, 48; LG Lübeck aaO; OLLMANN ZBIJugR 1981, 45, 47; aa OLG Stuttgart ZBIJugR 1954, 271).

Aus dem Sorgerecht der **Eltern des minderjährigen Elternteils** folgt **keine Einwirkungsbefugnis** auf ihr Kind hinsichtlich dessen sorgerechtlicher Handlungen oder Entscheidungen – der minderjährige Elternteil hat insoweit eine eigenständige Rechtsstellung (LG Hamburg FamRZ 1981, 309, 310; vgl Rechtsgedanken aus § 1633).

4. Entscheidungskonflikte

a) auf dem Gebiet der tatsächlichen Personensorge

26

Das Gesetz differenziert danach, wer der Mitinhaber der Personensorge ist: Im Verhältnis zu einem **Vormund oder Pfleger** hat die Meinung des **minderjährigen Elternteils Vorrang** (S 3 HS 1, vgl entspr § 3 Abs 1 RelKEG), im Verhältnis zum **anderen Elternteil Gleichrang** nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 1627, 1628 (S 3 HS 2). Der in diesen Vorschriften konkretisierten Ausübungsbindung gemeinsam sorgeberechtigter Eltern unterliegt der minderjährige Elternteil auch dann, wenn der andere Elternteil nur die Personensorge innehat, nicht aber gesetzlicher Vertreter des Kindes ist (vgl oben Rz 21), während der lediglich zur Kindesvertretung berufene Pfleger gar kein (auch kein gem Abs 2 S 3 HS 1 nachrangiges) Mitbestimmungsrecht auf dem Gebiet der tatsächlichen Personensorge hat.

b) Personensorge/Vertretung

27

Kommt es **zwischen den Eltern** zu einer Entscheidungsübertragung auf den minderjährigen Teil gem § 1628 Abs 1, so ist dieser insoweit auch als ermächtigt anzusehen, Ausführungshandlungen mit Außenwirkung durchzuführen (analog § 1629 Abs 1 S 3, der grundsätzlich Vertretungsrecht des Elternteils voraussetzt).

Im **Verhältnis zum Vormund/Pfleger** als gesetzlicher Vertreter des Kindes ist zu bedenken, daß nahezu *jeder* Vertretungshandlung im Bereich der Personensorge eine sorgerechtliche Sachentscheidung zugrundeliegt, die der tatsächlichen Personensorge zuzurechnen ist (vgl MünchKomm-HINZ § 1626 Rz 30, 42; OLLMANN ZBJugR 1981, 45, 49). Der Vorrang des minderjährigen Elternteils liefe leer, wenn er den Vormund/Pfleger nicht auch hinsichtlich der Ausführungshandlungen auf Vertretungsebene an die Bestimmung des minderjährigen Elternteils bände (so im Ergebnis auch MünchKomm-HINZ § 1626 Rz 42). Dieser kann also nicht nur Vertretungsmaßnahmen, die in Widerspruch zu seiner vorrangigen sorgerechtlichen Bestimmung stehen, verbieten, er kann auch bestimmungskonforme Vertretungshandlungen erzwingen – etwa den Abschluß des Arztvertrages bei vom Elternteil für notwendig befundener Behandlung (vgl OLG Oldenburg FamRZ 1964, 643; OLLMANN ZBJugR 1981, 45, 47 ff). Mißachtet der Vormund/Pfleger den Vorrang des minderjährigen Elternteils, so hat das VormG unterstützend gem §§ 1837 oder – in Eilfällen – 1693 tätig zu werden. Außerdem kann ein Entlassungsgrund gem § 1886 vorliegen (wie auch schon bei dauerndem Streit zwischen Elternteil und Vormund).

c) Personensorge/Vermögenssorge

28

Berührt eine Entscheidungsfrage beide Sorgebereiche (s Erl zu § 1626; MASSFELLER-COESTER § 1630 Rz 6), so entscheidet im Streit zwischen minderjährigem Elternteil und **Vormund/Pfleger** das VormG gem § 1630 Abs 2 (BGB-RGRK-ADELMANN Rz 6; zur Anwendbarkeit auch bei Vormundschaft BayObLGZ 3, 119; PALANDT-DIEDERICHSEN § 1630 Rz 3). Ist der **andere Elternteil** Inhaber der Vermögenssorge, so ist nicht nach § 1630 Abs 2 (so SOERGEL-STRÄTZ Rz 8), sondern nach § 1628 zu entscheiden (MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 27, § 1628 Rz 6).

IV. Internationales Privatrecht

29

Über die Anwendbarkeit des § 1673 entscheidet das Kindschaftsstatut (Art 19 Abs 2, 20 Abs 2 EGBGB). Wegen der ex-lege-Wirkung des Ruhens ist das MSA nicht anwendbar (BayObLG FamRZ 1976, 711, 713; Vorbem 287 zu Art 18 EGBGB).

§ 1674

Die elterliche Sorge eines Elternteils ruht, wenn das Vormundschaftsgericht feststellt, daß er auf längere Zeit die elterliche Sorge tatsächlich nicht ausüben kann.

Die elterliche Sorge lebt wieder auf, wenn das Vormundschaftsgericht feststellt, daß der Grund des Ruhens nicht mehr besteht.

E I § 1554 Abs 1 S 2; II § 1566; III § 1653. GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 9 § 2 Nr 3.

Systematische Übersicht

- | | |
|--|--|
| I. Allgemeines
1. Normbedeutung 1
2. Abgrenzung zu anderen Vorschriften 5
3. Textgeschichte 7 | a) Tatsächliche Ausübungsverhinderung auf längere Zeit 8
b) Vormundschaftsgerichtliche Feststellung längerer Ausübungsverhinderung 17
2. Vorläufige Anordnungen 21 |
| II. Ruhen auf Grund vormundschaftsgerichtlichen Feststellungsbeschlusses, Abs 1
1. Tatbestandliche Voraussetzungen | III. Wiederaufleben der elterlichen Sorge, Abs 2 22

IV. Internationales Privatrecht 24 |

Alphabetische Übersicht

- | | |
|---|--|
| Abwesenheit eines Elternteils 11
Adoptionspflege 15
Amtsermittlungsgrundsatz 18
Amtsvormund 19
Anhörung 18
Asylsuchendes Kind 12, 24
Ausländerkind 12 f, 24
Ausübungsbindung 1, 10, 23
Ausübungsüberlassung 9, 11
Auswanderung 11

Erforderlichkeitsprinzip 6
Ergänzungspfleger 1

Feststellungsbeschuß
– über Verhinderung 2 f, 17 ff
– über Wegfall der Verhinderung 22 f

Geistig behinderte Eltern 5 f, 16, 18
Geschäftsunfähigkeit 5, 16
Geschiedene Eltern 18 f, 21, 23
Getrennt lebende Eltern 5, 19, 21, 23

Haager MSA 3, 24
Herausgabeverlangen (§ 1632 Abs 1) 4

Inhaftierte Eltern 14
Internat 9
IPR 3 f, 12 f, 24

Jugendamt 16, 18 ff

Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 8, 16 | Kindesentführung 4, 13
Kindeswohlgefährdung 6, 11, 18, 21, 24

Ledige Mutter 19

Partielles Ruhen 10
Pfleger 1, 10, 19 ff, 23
Pflegestelle 9
Psychiatrische Untersuchung 6, 16, 18

Rechtsmittel 18, 20, 22

Sorgerechtsänderung gem §§ 1696 iVm 1671, 1672 1, 4, 11, 18, 23

Tatsächliche Verhinderung 1 f, 5 f, 8 ff
– partielle 10
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 10
Vorläufige Anordnung 19, 21
Vormund 1, 18 ff, 23
Vormundschaftsgerichtliche Eingriffe
– gem §§ 1666 ff 1, 4, 6, 8, 11, 15 f, 18, 20 f
– gem § 1693 1, 19, 21

Wiederaufleben der elterlichen Sorge 22 f

Zuständigkeit
– internationale 24
– örtliche 17
– sachliche 17, 19 |
|---|--|

I. Allgemeines

1. Normbedeutung

1

Ist ein Elternteil an der Ausübung der elterlichen Sorge **aus tatsächlichen Gründen gehindert**, so berührt dies nicht automatisch seine *Rechtsstellung*. Das Recht reagiert (zur Sicherung der Kindesinteressen) nur insoweit, als – bei Vorhandensein eines anderen sorgeberechtigten Elternteils – dessen Ausübungsbindung gem §§ 1627, 1628 entfällt, er also allein ausübungsbefugt wird (§ 1678 Abs 1). Steht kein anderer sorgeberechtigter Elternteil bereit, kommen Vormund- oder Pflegerbestellung in Betracht (§§ 1693, 1773, 1909 [uU nur Ergänzungspflegschaft, s § 1678 Rz 16]), unmittelbare Kindeswohlwahrung durch das VormG (§ 1693) oder Eingriffe in das elterliche Sorgerecht nach §§ 1666 ff oder nach §§ 1696 iVm 1671, 1672.

Das Merkmal der „**tatsächlichen Verhinderung**“ ist mit erheblichen *Unsicherheiten* 2 behaftet, sowohl hinsichtlich der Faktenerkenntnis wie auch der rechtlichen Interpretation. Im Interesse des Kindes, der Eltern und des Rechtsverkehrs ermöglicht § 1674 bei längerdauernden Verhinderungen eine förmliche **vormundschaftsgerichtliche Feststellung** und knüpft hieran die **gesetzliche Folge des Ruhens** der elterlichen Sorge des verhinderten Elternteils. Aus Gründen der Rechtsklarheit muß dieser es also hinnehmen, daß seine bisher nur tatsächliche Verhinderung nunmehr von einer rechtlichen überlagert wird (vgl GERNHUBER § 55 III 2; BEITZKE § 26 IV 2; zur Wirkung des Ruhens s § 1675): § 1674 Abs 1 betrifft deshalb nicht, wie häufig formuliert wird, einen Fall der tatsächlichen, sondern der **rechtlichen Verhinderung auf Grund richterlichen Feststellungsbeschlusses** über andauernde faktische Ausübungsunfähigkeit (die Rechtsfolge des § 1674 Abs 1 hängt nicht von der Richtigkeit der richterlichen Erkenntnis ab, Rz 20; vgl außerdem Abs 2).

Gesetzestechisch als bloße Feststellung konzipiert, bedeutet der vormundschafts- 3 gerichtliche Beschluß gem § 1674 Abs 1 deshalb der Sache nach eine **Ruhensanordnung** durch das Gericht (konsequent die Zuerkennung „gestaltungsähnlicher“ Wirkung [BayObLG FamRZ 1988, 867, 868; JANSEN, FGG § 51 Rz 1] sowie die Einstufung als „Schutzmaßnahme“ iS Art 1 MSA, dazu Rz 24). Demgemäß darf der **Eingriffscharakter** der Entscheidung nicht übersehen werden (so schon DONAU in Vorauf Rz 9; vgl auch § 1673 Rz 2).

Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit einer **teleologischen Reduktion** der Norm: Sie 4 ist nicht anzuwenden, wenn einem Elternteil von Dritten das Kind vorenthalten und seine Sorgerechtsausübung dadurch auf das Herausgabeverlangen reduziert wird. Über die sorgerechtlichen Verhältnisse ist dann nach den einschlägigen Vorschriften zu entscheiden (§§ 1632 Abs 1, 3, 4; 1666 ff, 1671, 1672, 1696 oder die internationalen Kindesentführungsabkommen, dazu § 1671 Rz 228 ff); es wäre absurd, das Faktum der Verhinderung hier mit der Konsequenz rechtlicher Verhinderung gem § 1674 zu verbinden (vgl Rz 13, 15; zum Eingriffselement in § 1674 s auch Rz 3). Entsprechendes gilt, wenn ein älteres Kind von zu Hause weggelaufen ist und sich dem elterlichen Rückkehrverlangen widersetzt (vgl OLG Düsseldorf FamRZ 1968, 43, 44 f.)

2. Abgrenzung zu anderen Vorschriften

5

Bei § 1678 Abs 1 (dazu oben Rz 1) bleibt es, wenn die tatsächliche Verhinderung nur eine kurzfristige ist oder solange – auch bei andauernder Verhinderung – noch kein Beschluß gem § 1674 Abs 1 vorliegt.

Im Verhältnis zu § 1673 ist § 1674 einschlägig, wenn geistig/psychische Kompetenzmängel eines Elternteils nicht den Tatbestand der Geschäftsunfähigkeit erfüllen (§ 104 Nr 2), ihn aber faktisch an der Wahrnehmung der Sorgeverantwortung hindern (näher Rz 16).

Bei **Getrenntleben** verheirateter Eltern besteht weiterhin Kooperationspflicht (§ 1627); wird ein Elternteil auf Grund des Zerwürfnisses der Ehegatten faktisch an der Sorgerechtsausübung gehindert, so ist nach § 1672, nicht nach § 1674 zu entscheiden.

6 Kaum sinnvoll möglich ist die **Abgrenzung zu §§ 1666, 1667**, die seit ihrer Neufassung durch das SorgeRG das Regelungsproblem des § 1674 weitgehend mit abdecken. Das bisherige Abgrenzungskriterium (Verantwortlichkeit und Verantwortungsfähigkeit der Eltern, vgl BayObLGZ 1967, 269, 271) ist mit dem Verschuldenselement in § 1666 entfallen. Kindesschutz nach dieser Vorschrift ist auch nicht auf Eltern beschränkt, die für ihr Kind sorgen könnten, dies aber nicht wollen oder schlicht unterlassen (so aber offenbar MünchKomm-Hinz Rz 6: Für § 1674 müsse eine geistige Erkrankung „immerhin so erheblich sein, daß von einem elterlichen Versagen iSv § 1666 Abs 1 S 1 ... nicht mehr gesprochen werden“ könne; krit dazu KIRSCH Rpfleger 1988, 234, 235): Nach § 1666 hat der Staat notwendigen Kindeschutz zu gewährleisten, sobald die Eltern in ihrer vorrangigen Schutzfunktion für das Kind (Art 6 Abs 1 S 1 GG) objektiv ausfallen – aus welchen Gründen auch immer (§ 1666 Rz 24, 73). Bei weitgehender Kongruenz der Normbereiche ergeben sich Unterschiede nur daraus, daß § 1666 eine aktuelle Kindeswohlgefährdung voraussetzt, § 1674 hingegen eine längerdauernde Verhinderung an der Ausübung der elterlichen Sorge (die nicht notwendig zur Kindesgefährdung führen muß, KG JW 1936, 1016 f; zum häufigen Zusammenfall beider Kriterien jedoch unten Rz 24). Bei Kindeswohlgefährdung kommt § 1666 deshalb **jedenfalls** eine **Auffangfunktion** gegenüber § 1674 zu, (1) soweit die Eltern nicht verhindert, sondern nur untätig sind; (2) wenn gewisse Kompetenzmängel der Eltern nicht den Grad einer „tatsächlichen Verhinderung“ erreichen (BayObLG FamRZ 1981, 595, 597); (3) wenn Zweifel über dieses Merkmal verbleiben oder Aufklärungshindernisse bestehen (OLG Stuttgart FamRZ 1975, 167, 168 f [Weigerung des Elternteils zur psychiatrischen Untersuchung]; FamRZ 1976, 538 f; vgl BayObLG FamRZ 1981, 595, 597) oder noch längere Ermittlungen notwendig wären (MünchKomm-Hinz Rz 6). Viel spricht dafür, darüber hinaus bei konkreter Kindeswohlgefährdung **generell § 1666 den Vorrang einzuräumen**, um dem Erforderlichkeits- und Hilfsprinzip des § 1666 a ein ungeschmäleretes Wirkungsfeld zu sichern. Der spezielle Schutzansatz von § 1674 (iVm §§ 1678, 1773, 1909) wäre dann darauf beschränkt, schon im Vorfeld von Kindesgefährdungen bei andauernder Ausübungsverhinderung eines Elternteils insoweit Klarheit zu schaffen und dessen Rechtsmacht zugunsten der Etablierung einer anderen, voll ausübungsfähigen Person zurückzudrängen. In dieser Sicht handelt es sich bei § 1674 um eine *situationsspezifische, gegenüber § 1666 vorverlagerte Ausprägung staatlichen Kindeschutzes*.

7 3. Textgeschichte

Die Vorschrift, ursprünglich § 1677 aF, ist lediglich durch das GleichberG (Art 1 Nr 22) inhaltlich geändert und durch das SorgeRG (Art 9 § 2 Nr 3) terminologisch angepaßt worden.

II. Ruhen auf Grund vormundschaftsgerichtlichen Feststellungsbeschlusses, Abs 1

1. Tatbestandliche Voraussetzungen

8 a) Tatsächliche Ausübungsverhinderung auf längere Zeit

Was unter „**längerer Zeit**“ zu verstehen ist, ist vom Gesetzeszweck her zu konkretisieren (vgl Rz 2): Maßgebend ist also eine Beurteilung unter dem Aspekt des

Kindesinteresses und der Rechtssicherheit (etwa konkrete Ungewißheit, Kindesbedürfnis nach klaren Kompetenzen). Es kommt nur auf die **künftige** Verhinderung an, längere Verhinderung in der Vergangenheit ist nur als Indiz hierfür verwertbar. Das Tatbestandsmerkmal „längere Zeit“ soll nur rechtliche Eingriffe bei **kurzfristigen** Verhinderungen ausschließen (dann: § 1678 Abs 1), setzt aber nicht umgekehrt voraus, daß irgendwann einmal ein Wegfall der tatsächlichen Verhinderung zu erwarten sein muß: Abs 1 betrifft deshalb nicht nur vorübergehende, sondern **auch bleibende Verhinderungen** (BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; MünchKomm-HINZ Rz 4; KIRSCH Rpfleger 1988, 234, 235 f; aM OLG Frankfurt FamRZ 1966, 109, 110; ERMAN-MICHALSKI Rz 2; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1). Dies ergibt sich auch aus § 1678 Abs 2 (Ruhens bei fehlender Aussicht auf Wegfall der Verhinderung). Allerdings ist der Gegenmeinung einzuräumen, daß bei voraussichtlich endgültiger Verhinderung § 1674 nicht den vom Kindesinteresse her angemessenen Interventionsansatz bietet, hier ist über §§ 1666 ff BGB, 37 KJHG dem „Anspruch des Kindes auf Familie“ bei der Ausfall seiner Eltern Rechnung zu tragen (vgl COESTER FamRZ 1991, 253, 259). Anderes gilt nur, wenn neben dem verhinderten Elternteil der andere Elternteil voll in die Sorgerechtsposition einrückt (§ 1678 Abs 1) – dann stellt sich das Ruhens beim verhinderten Teil als schonenderer Eingriff dar als ein Entzug seines Sorgerechts.

Ein „**tatsächliches Ausübungshindernis**“ ist nur anzunehmen, wenn die Sorge- 9 rechtsverantwortung im wesentlichen nicht vom Elternteil selbst wahrgenommen werden kann. Eine (zulässige) Übertragung der Ausübung auf Dritte (Internat, Pflegestelle) ist kein Hindernis iSd §§ 1674, 1678, da sie jederzeit widerruflich ist und die Eltern die Oberverantwortung behalten (vgl MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 11). Nur wenn diese Steuerungsmöglichkeit, uU „von fern“, praktisch nicht besteht, ist eine Verhinderung zu bejahen – eine Ausübungsüberlassung an Dritte liefe dann auf eine (unzulässige) Übertragung des Sorgerechts selbst hinaus (vgl OLG Düsseldorf FamRZ 1968, 43, 45).

Es kommen nicht nur „äußere Hindernisse“ in Betracht (so noch VoraufI Rz 3), auch persönliche Probleme eines Elternteils (etwa psychischer oder geistiger Art) können dazu führen, daß er das Sorgerecht „tatsächlich nicht ausüben kann“ (Abs 1; vgl BayObLG FamRZ 1981, 595, 596; FamRZ 1988, 867, 868; s unten Rz 16).

Die Verhinderung muß nicht notwendig umfassend sein. Kindesschutz einerseits, 10 der auch im Rahmen von § 1674 zu beachtende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz andererseits gebieten es, diese Vorschrift auch bei nur **teilweiser Verhinderung** anzuwenden, mit entsprechend eingeschränkter Ruhenswirkung (**partielles Ruhens**; vgl schon § 1673 Rz 11). Eine Beschränkung auf generelle Verhinderung ist dem Normtext nicht zu entnehmen; die Möglichkeit partiellen Ruhens ergibt sich aus § 1673 Abs 2 (so im Ergebnis BayObLG FamRZ 1979, 71, 73; KG FamRZ 1974, 452, 454; GERNHUBER § 55 II 1; aM OLG Frankfurt FamRZ 1954, 21, 22; LG Verden MDR 1951, 359; DÖLLE II § 95 I; GÖPPINGER FamRZ 1960, 11).

Unerheblich ist auch der Umfang der Verhinderung im einzelnen. Sie kann abtrennbare Teilgebiete des Sorgerechts betreffen, etwa die Vermögenssorge (BayObLG FamRZ 1979, 71, 73) oder die tatsächliche Personensorge (KG FamRZ 1974, 452, 453 aE), kann aber auch auf eine Gruppe von Angelegenheiten oder gar einzelne von ihnen beschränkt sein (GERNHUBER aaO).

Einzelfälle:

11

Bloße **physische Abwesenheit** genügt allein nicht zur „Verhinderung“, es ist stets zu prüfen, ob dem abwesenden Elternteil angesichts moderner Kommunikations- und Reisemöglichkeiten nicht die Möglichkeit der Sorgerechtsausübung „aus der

Bei **Getrenntleben** verheirateter Eltern besteht weiterhin Kooperationspflicht (§ 1627); wird ein Elternteil auf Grund des Zerwürfnisses der Ehegatten faktisch an der Sorgerechtsausübung gehindert, so ist nach § 1672, nicht nach § 1674 zu entscheiden.

- 6** Kaum sinnvoll möglich ist die **Abgrenzung zu §§ 1666, 1667**, die seit ihrer Neufassung durch das SorgeRG das Regelungsproblem des § 1674 weitgehend mit abdecken. Das bisherige Abgrenzungskriterium (Verantwortlichkeit und Verantwortungsfähigkeit der Eltern, vgl BayObLGZ 1967, 269, 271) ist mit dem Verschuldenselement in § 1666 entfallen. Kindesschutz nach dieser Vorschrift ist auch nicht auf Eltern beschränkt, die für ihr Kind sorgen könnten, dies aber nicht wollen oder schlicht unterlassen (so aber offenbar MünchKomm-Hinz Rz 6: Für § 1674 müsse eine geistige Erkrankung „immerhin so erheblich sein, daß von einem elterlichen Versagen iSv § 1666 Abs 1 S 1 . . . nicht mehr gesprochen werden“ könne; krit dazu KIRSCH Rpfleger 1988, 234, 235): Nach § 1666 hat der Staat notwendigen Kindesschutz zu gewährleisten, sobald die Eltern in ihrer vorrangigen Schutzfunktion für das Kind (Art 6 Abs 1 S 1 GG) objektiv ausfallen – aus welchen Gründen auch immer (§ 1666 Rz 24, 73). Bei weitgehender Kongruenz der Normbereiche ergeben sich Unterschiede nur daraus, daß § 1666 eine aktuelle Kindeswohlgefährdung voraussetzt, § 1674 hingegen eine längerdauernde Verhinderung an der Ausübung der elterlichen Sorge (die nicht notwendig zur Kindesgefährdung führen muß, KG JW 1936, 1016 f; zum häufigen Zusammenfall beider Kriterien jedoch unten Rz 24). Bei Kindeswohlgefährdung kommt § 1666 deshalb **jedenfalls** eine **Auffangfunktion** gegenüber § 1674 zu, (1) soweit die Eltern nicht verhindert, sondern nur untätig sind; (2) wenn gewisse Kompetenzmängel der Eltern nicht den Grad einer „tatsächlichen Verhinderung“ erreichen (BayObLG FamRZ 1981, 595, 597); (3) wenn Zweifel über dieses Merkmal verbleiben oder Aufklärungshindernisse bestehen (OLG Stuttgart FamRZ 1975, 167, 168 f [Weigerung des Elternteils zur psychiatrischen Untersuchung]; FamRZ 1976, 538 f; vgl BayObLG FamRZ 1981, 595, 597) oder noch längere Ermittlungen notwendig wären (MünchKomm-Hinz Rz 6). Viel spricht dafür, darüber hinaus bei konkreter Kindeswohlgefährdung **generell § 1666 den Vorrang einzuräumen**, um dem Erforderlichkeits- und Hilfsprinzip des § 1666 a ein ungeschmäleretes Wirkungsfeld zu sichern. Der spezielle Schutzansatz von § 1674 (iVm §§ 1678, 1773, 1909) wäre dann darauf beschränkt, schon im Vorfeld von Kindesgefährdungen bei andauernder Ausübungsverhinderung eines Elternteils insoweit Klarheit zu schaffen und dessen Rechtsmacht zugunsten der Etablierung einer anderen, voll ausübungsfähigen Person zurückzudrängen. In dieser Sicht handelt es sich bei § 1674 um eine *situationsspezifische, gegenüber § 1666 vorverlagerte Ausprägung staatlichen Kindesschutzes*.

7 3. Textgeschichte

Die Vorschrift, ursprünglich § 1677 aF, ist lediglich durch das GleichberG (Art 1 Nr 22) inhaltlich geändert und durch das SorgeRG (Art 9 § 2 Nr 3) terminologisch angepaßt worden.

II. Ruhen auf Grund vormundschaftsgerichtlichen Feststellungsbeschlusses, Abs 1

1. Tatbestandliche Voraussetzungen

8 a) Tatsächliche Ausübungsverhinderung auf längere Zeit

Was unter „**längerer Zeit**“ zu verstehen ist, ist vom Gesetzeszweck her zu konkretisieren (vgl Rz 2): Maßgebend ist also eine Beurteilung unter dem Aspekt des

Kindesinteresse und der Rechtssicherheit (etwa konkrete Ungewißheit, Kindesbedürfnis nach klaren Kompetenzen). Es kommt nur auf die **künftige** Verhinderung an, längere Verhinderung in der Vergangenheit ist nur als Indiz hierfür verwertbar. Das Tatbestandsmerkmal „längere Zeit“ soll nur rechtliche Eingriffe bei **kurzfristigen** Verhinderungen ausschließen (dann: § 1678 Abs 1), setzt aber nicht umgekehrt voraus, daß irgendwann einmal ein Wegfall der tatsächlichen Verhinderung zu erwarten sein muß: Abs 1 betrifft deshalb nicht nur vorübergehende, sondern **auch bleibende Verhinderungen** (BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; MünchKomm-HINZ Rz 4; KIRSCH Rpfleger 1988, 234, 235 f; aM OLG Frankfurt FamRZ 1966, 109, 110; ERMAN-MICHALSKI Rz 2; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1). Dies ergibt sich auch aus § 1678 Abs 2 (Ruhen bei fehlender Aussicht auf Wegfall der Verhinderung). Allerdings ist der Gegenmeinung einzuräumen, daß bei voraussichtlich endgültiger Verhinderung § 1674 nicht den vom Kindesinteresse her angemessenen Interventionsansatz bietet, hier ist über §§ 1666 ff BGB, 37 KJHG dem „Anspruch des Kindes auf Familie“ bei der Ausfall seiner Eltern Rechnung zu tragen (vgl COESTER FamRZ 1991, 253, 259). Anderes gilt nur, wenn neben dem verhinderten Elternteil der andere Elternteil voll in die Sorgerechtsposition einrückt (§ 1678 Abs 1) – dann stellt sich das Ruhen beim verhinderten Teil als schonenderer Eingriff dar als ein Entzug seines Sorgerechts.

Ein „**tatsächliches Ausübungshindernis**“ ist nur anzunehmen, wenn die Sorge-⁹ rechtsverantwortung im wesentlichen nicht vom Elternteil selbst wahrgenommen werden kann. Eine (zulässige) Übertragung der Ausübung auf Dritte (Internat, Pflegestelle) ist kein Hindernis iSd §§ 1674, 1678, da sie jederzeit widerruflich ist und die Eltern die Oberverantwortung behalten (vgl MASSFELLER-COESTER § 1626 Rz 11). Nur wenn diese Steuerungsmöglichkeit, uU „von fern“, praktisch nicht besteht, ist eine Verhinderung zu bejahen – eine Ausübungsüberlassung an Dritte liefe dann auf eine (unzulässige) Übertragung des Sorgerechts selbst hinaus (vgl OLG Düsseldorf FamRZ 1968, 43, 45).

Es kommen nicht nur „äußere Hindernisse“ in Betracht (so noch VoraufI Rz 3), auch persönliche Probleme eines Elternteils (etwa psychischer oder geistiger Art) können dazu führen, daß er das Sorgerecht „tatsächlich nicht ausüben kann“ (Abs 1; vgl BayObLG FamRZ 1981, 595, 596; FamRZ 1988, 867, 868; s unten Rz 16).

Die Verhinderung muß nicht notwendig umfassend sein. Kindesschutz einerseits,¹⁰ der auch im Rahmen von § 1674 zu beachtende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz andererseits gebieten es, diese Vorschrift auch bei nur **teilweiser Verhinderung** anzuwenden, mit entsprechend eingeschränkter Ruhenswirkung (**partielles Ruhen**; vgl schon § 1673 Rz 11). Eine Beschränkung auf generelle Verhinderung ist dem Normtext nicht zu entnehmen; die Möglichkeit partiellen Ruhens ergibt sich aus § 1673 Abs 2 (so im Ergebnis BayObLG FamRZ 1979, 71, 73; KG FamRZ 1974, 452, 454; GERNHUBER § 55 II 1; aM OLG Frankfurt FamRZ 1954, 21, 22; LG Verden MDR 1951, 359; DÖLLE II § 95 I; GÖPPINGER FamRZ 1960, 11).

Unerheblich ist auch der Umfang der Verhinderung im einzelnen. Sie kann abtrennbare Teilgebiete des Sorgerechts betreffen, etwa die Vermögenssorge (BayObLG FamRZ 1979, 71, 73) oder die tatsächliche Personensorge (KG FamRZ 1974, 452, 453 aE), kann aber auch auf eine Gruppe von Angelegenheiten oder gar einzelne von ihnen beschränkt sein (GERNHUBER aaO).

Einzelfälle:

11

Bloße **physische Abwesenheit** genügt allein nicht zur „Verhinderung“, es ist stets zu prüfen, ob dem abwesenden Elternteil angesichts moderner Kommunikations- und Reisemöglichkeiten nicht die Möglichkeit der Sorgerechtsausübung „aus der

Ferne“ verblieben ist (vgl OLG Frankfurt FamRZ 1954, 21, 22; BayObLGZ 1961, 243, 248 = FamRZ 1962, 32, 33; OLLMANN FamRZ 1989, 350 mwN; zum **Getrennt-leben** verheirateter Eltern s oben Rz 5). Die pauschale Unterstellung einer Verhinderung ist unzulässig (KG JFG 17, 71, 73 f; BayObLG FamRZ 1979, 71, 73). Wird in diesem Fall die tatsächliche Personensorge vom anderen Elternteil wahrgenommen, so ist dieser insoweit allein ausübungsberechtigt entweder auf Grund gemeinsamer Absprache (Ausübungsüberlassung) oder gem § 1678 Abs 1. Im ersten Fall liegt keine „tatsächliche Verhinderung“ im Rechtssinne vor, aber auch im zweiten Fall wird eine Feststellung gem § 1674 Abs 1 regelmäßig entbehrlich sein. Kümmerst sich der abwesende Elternteil jedoch nicht um das Kind, etwa nach Auswanderung, oder kann er dies umständebedingt nicht (vgl BayObLG JW 1934, 1369), genügt die Abwesenheit zur Annahme einer „Verhinderung“ (vgl BGH FamRZ 1988, 1259, 1260; BayObLG FamRZ 1979, 71, 73; LG Kiel SchlHA 1947, 63 [Kriegsgefangenschaft]; LG Verden MDR 1951, 359 [Elternteil vermißt, Trennung auf Flucht]). Bei Eltern, die ihre Kinder dieserart verlassen, werden allerdings regelmäßig Entscheidungen gem §§ 1666 ff oder 1696 geboten sein.

- 12 Eine besondere Problematik besteht hinsichtlich **ausländischer Kinder**, die ohne ihre Eltern in die Bundesrepublik einreisen, oft mit entfernteren Verwandten („**unbegleitete Minderjährige**“). Es kann sich um Zigeunerkinder handeln oder um Kinder aus unterentwickelten oder totalitären Staaten, die um Asyl nachsuchen (zu Kindern mit Eltern in der früheren DDR vgl OLG Düsseldorf NJW 1968, 453 = FamRZ 1968, 43; KG FamRZ 1968, 91; LG Berlin DAVorm 1963, 86). Häufig ist der Aufenthalt der Eltern im Ausland unbekannt oder sie sind praktisch nicht zu erreichen. Haben sie auch keinen Bevollmächtigten in Deutschland eingesetzt, müssen sie als „verhindert“ iSd §§ 1674, 1678 angesehen werden (LG Duisburg ZfJ 1989, 434 f; zur internationalprivatrechtlichen Seite s unten Rz 24). Polizeiliche oder ausländerpolitische Gesichtspunkte rechtfertigen es nicht, den betroffenen Kindern vormundschaftsgerichtlichen und jugendamtlichen Kinderschutz nach allgemeinen Grundsätzen zu versagen (so aber AG Duisburg ZfJ 1989, 433 f). Bemühen sich die Eltern hingegen um Rückführung des Kindes, so begründet dessen Weigerung allein noch keine tatsächliche Sorgeverhinderung (OLG Düsseldorf NJW 1968, 453 = FamRZ 1968, 43, 44 f; vgl oben Rz 4).
- 13 Befinden sich die Eltern im Inland, aber das **Kind im Ausland** und wird es dort von **Dritten zurückbehalten** (widerrechtlich nach deutschem Recht, aber gestützt auf ausländische Gerichtsentscheidungen), so sind die Eltern zwar offenkundig an der Sorgerechtsausübung tatsächlich gehindert. Dennoch ist dies kein Anwendungsfall von § 1674 (**anders** OLG Hamm FamRZ 1990, 781, 782 f = IPRax 1991, 191): Die ausländische Entscheidung ist möglicherweise in Deutschland anzuerkennen und verändert dann die sorgerechtliche Situation (vgl HENRICH FamRZ 1990, 783), oder es fehlt mangels gewöhnlichen Kindesaufenthalts im Inland die deutsche Gerichtsbarkeit (vgl Rz 24). Ist beides nicht der Fall, kann man den von rechtswidriger Kindesvorenthaltung betroffenen Eltern nicht aus diesem Grund auch noch das **Sorgerecht** nehmen (s oben Rz 4; zur entgegengesetzten Tendenz der internationalen Kindesentführungsabkommen s § 1671 Rz 228 ff; krit zu OLG Hamm aaO auch KLINKHARDT IPRax 1991, 174, 177).
- 14 Ähnliches wie für den Auslandsaufenthalt von Eltern (Rz 11) gilt für **Eltern in Straftat**. Auch hier können Steuerungsmöglichkeiten vom Gefängnis aus nicht von vornherein verneint werden. Bei längerer Inhaftierung wird hingegen wegen fehlender Anschauung des Kindes und seiner Lebensbedingungen eine verantwortliche Sorgeausübung regelmäßig nicht mehr möglich sein (vgl KG JW 1936, 1016 [noch 5 Jahre zu verbüßen]; OLG Hamm FamRZ 1966, 260, 261 [noch 2 Jahre];

BayObLG FamRZ 1965, 283). Bei Untersuchungshaft fehlt es demgegenüber idR an einer „andauernden Verhinderung“ (OLG Köln FamRZ 1978, 623 f), es sei denn, daß nach den Umständen ein längerer Gefängnisarrest wahrscheinlich ist (BayObLG FamRZ 1965, 283 [Giftmordverdacht]; **unzutreffend** demgegenüber LG Berlin FamRZ 1968, 474 [auch bei zu erwartendem längerem Aufenthalt Ausübungsmöglichkeit bei Kleinkind], krit dazu auch MünchKomm-Hinz Rz 4 Fn 5). Auch hier kommt es nur auf die noch ausstehende Inhaftierungszeit an (vgl Rz 8; LG Memmingen FamRZ 1981, 1003 [4 Monate Restzeit nicht genügend für § 1674]). Trotz kürzerer Inhaftierung kann jedoch Verhinderung vorliegen, wenn die Sorgerechtsausübung aus dem Gefängnis aus zusätzlichen Gründen scheitert (BayObLG FamRZ 1975, 425, 426 [anderer Elternteil betreut das Kind und betreibt Scheidung – mangelnde Kommunikations- und Durchsetzungsmöglichkeit durch den Inhaftierten]).

Ist das Kind in **Inkognito-Adoptionspflege** gegeben, so ist die früher kontrovers **15** diskutierte Frage nach der sorgerechtlichen Stellung des Elternteils, der wirksam eingewilligt hat oder dessen Einwilligung ersetzt worden ist, nunmehr durch § 1751 Abs 1 S 1 beantwortet: Die elterliche Sorge ruht. Das kann den *anderen Elternteil*, dessen Einwilligung fehlte, nicht wirksam war oder erst nachträglich erforderlich geworden ist (legitimierende Heirat der Eltern), jedoch nicht binden: Der „Distanzierungszweck“ der Inkognito-Adoption richtet sich nur gegen den einwilligenden Elternteil (so im Ergebnis BayObLG FamRZ 1988, 867, 868). Wie weit die Ausübungsmöglichkeiten des anderen Elternteils bei unbekanntem Kindesaufenthalt reichen, ist unerheblich (einerseits BayObLG aaO [keine Verhinderung], andererseits OLLMANN FamRZ 1989, 350 ff [Verhinderung]). Die faktischen Durchsetzungshindernisse können jedenfalls nicht zur Rechtheinschränkung gem § 1674 führen; das Sorge- und Elternrecht ist nur durch Entscheidungen gem §§ 1666 ff, 1748 beschränkbar (vgl oben Rz 4 und 13).

Weitgehend anerkannt ist die Anwendbarkeit des § 1674 bei Eltern, die zwar **16** anwesend sind, aber wegen **geistig/psychischer Behinderung** unterhalb der Schwelle der Geschäftsunfähigkeit (§ 1673 Abs 1) ihr Sorgerecht nicht ausüben können (BayObLGZ 1967, 269 = Rpfleger 1968, 22; BayObLGZ 1978, 172, 176; FamRZ 1981, 595 [minderbegabte Mutter ist geistesgestörtem Vater hörig]; KG FamRZ 1962, 200, 201; OLG Stuttgart ZBJugR 1961, 90). In Grenzfällen zu § 1673 Abs 1 hat § 1674 eine Auffang- und Klarstellungsfunktion: Steht die tatsächliche Verhinderung fest, nicht aber die Geschäftsunfähigkeit, ist *jedenfalls* nach § 1674 Abs 1 zu entscheiden. Dies gilt, wenn die Erkrankung des Elternteils wegen dessen Weigerung, sich einer psychiatrischen Untersuchung zu unterziehen, nicht näher aufgeklärt werden kann (keine Pflicht zur Duldung der Untersuchung, Rz 18). Es gilt aber auch dann, wenn weitere, aber umfangreichere Ermittlungen zur Geschäftsunfähigkeit noch möglich wären: Ist der Elternteil tatsächlich nicht geschäftsunfähig, trifft die Entscheidung gem § 1674 Abs 1 genau den Sachverhalt; ist er geschäftsunfähig, so könnte er im Hinblick auf § 1673 Abs 1 nur insoweit beschwert sein, als nach Feststellung gem § 1674 Abs 1 das Ausübungsrecht nicht automatisch wieder auflebt bei Wegfall der Erkrankung (Abs 2). Dies wird aber durch die Beschwerne durch weitere, sonst notwendige Sachverständigengutachten aufgewogen (BayObLG FamRZ 1981, 595, 597).

Problematisch bleibt in all diesen Fällen jedoch das **Verhältnis des § 1674 zu §§ 1666 ff** (dazu grundsätzlich schon Rz 6). Spätestens seit BVerfGE 60, 79 (= NJW 1982, 1379) steht fest, daß eine pauschale Disqualifizierung behinderter Eltern verfassungsrechtlich verboten ist – voranzugehen hat eine Ausschöpfung aller öffentlichen Hilfsmöglichkeiten zur Stützung der Familie (§ 1666 a; vgl LG Berlin FamRZ 1988, 1308; zu den realen Elternchancen geistig Behinderter s COESTER, Die

Sterilisation geistig behinderter Menschen nach § 1905 BetrG-E, in: Bundesvereinigung Lebenshilfe e. V., Regelungen zur Sterilisation einwilligungsunfähiger Personen [Marburg 1989] 32 ff, 50 ff; ders ZfJ 1989, 350, 353 f). Die Regelung des § 1674 bietet hierfür keinen Raum, sie paßt nicht auf anwesende, aber behinderte Eltern. Ein legitimer Anwendungsbereich bleibt der Vorschrift nur als **Zwischenlösung** bis zur Klärung der nach §§ 1666, 1666a BGB sowie 27 ff KJHG notwendigen, aber auch ausreichenden Maßnahmen.

17 b) Vormundschaftsgerichtliche Feststellung längerer Ausübungsverhinderung

Die örtliche **Zuständigkeit** des VormG ergibt sich aus §§ 43, 36 FGG (Wohnsitz oder Aufenthalt des Kindes), innerhalb des VormG entscheidet der Rechtspfleger (§ 3 Ziff 2 a RPfGG).

- 18 Das **Verfahren** ist von **Amts wegen einzuleiten**, „Anträge“ von seiten der Beteiligten oder des Jugendamts haben nur die Bedeutung von Anregungen, sie können deshalb auch keine Beschwerdeberechtigung gem § 20 Abs 2 FGG begründen (BayObLG FamRZ 1981, 595, 596; KG FamRZ 1962, 200, 201; LG Memmingen FamRZ 1981, 1003). Im Verfahren gilt dementsprechend der **Amtsermittlungsgrundsatz** (§ 12 FGG). Bei geistig oder psychisch behinderten Eltern können diese jedoch nicht zu psychiatrischen Untersuchungen gezwungen werden (OLG Stuttgart FamRZ 1975, 167, 168; 1976, 538 f). Bei verbleibenden Zweifeln hinsichtlich einer über die tatsächliche Verhinderung hinausgehenden Geschäftsunfähigkeit s Rz 16; bleibt die Verhinderung selbst zweifelhaft, kann nicht nach § 1674, sondern – bei Kindesgefährdung – nur nach § 1666 entschieden (vgl Rz 6, 16), bei geschiedenen Eltern nach §§ 1696, 1671 das Sorgerecht dem anderen Teil übertragen werden (§ 1678 Rz 21, 30).

Zu vorläufigen Anordnungen bei längerdauernden Ermittlungen s Rz 21.

Die **Anhörung** von Eltern und Kindern richtet sich nach §§ 50 a, 50 b FGG. Eine Anhörung des **Jugendamts** ist gesetzlich nicht vorgesehen (vgl § 49 FGG; zum alten Recht LG Memmingen FamRZ 1981, 1003). Allerdings ist das Jugendamt zu hören, wenn es schon Vormund des Kindes und damit sein gesetzlicher Vertreter ist – dies folgt aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs für die Beteiligten (Art 103 GG; BayObLG FamRZ 1981, 595, 596).

- 19 Das **Wirksamwerden** des Feststellungsbeschlusses (und damit die Auslösung der gesetzlichen Ruhenswirkung, s Rz 2, 3) ist in § 51 FGG geregelt: Entscheidend ist demnach die Bekanntgabe an den anderen Elternteil, wenn dieser gem § 1678 fortan die elterliche Sorge allein ausübt; sonst die Vormundsbestellung, wenn kein anderer sorgerechtsfähiger Elternteil vorhanden ist (bei Vormundsbestellung ohne vorangegangenen Feststellungsbeschluß gem § 1674 Abs 1 soll dieser implizit im Bestellungsakt zu sehen sein, BayObLG FamRZ 1962, 74, 75). Bei Verhinderung der nichtehelichen Mutter genügt allerdings die Bekanntgabe des Beschlusses an das Jugendamt, das damit gem § 1791 c Abs 2 ipso iure Amtsvormund wird (KG FamRZ 1972, 44, 45). Kommt bei nur teilweise Ruhe eine Pflegerbestellung in Betracht, so muß entspr § 51 Abs 1 FGG die Bestellung des Pflegers genügen (vgl Rz 10).

War der nun verhinderte Elternteil gem §§ 1671, 1672 allein sorgeberechtigt, so ruht sein Sorgerecht erst mit Vormundsbestellung. Kommt es hingegen zu einer (vorrangigen) Übertragung des Sorgerechts auf den anderen Elternteil gem § 1678 Abs 2, so verliert der verhinderte Teil sein Sorgerecht wie bei einer Änderungsentscheidung nach § 1696 (s § 1678 Rz 28); ein Wirksamwerden des vormundschaftsgerichtlichen Feststellungsbeschlusses mit der Folge des 1674 Abs 1 findet also nicht statt, sie wird vom Wirksamwerden des familiengerichtlichen Übertragungsbeschlusses „über-

holt“ (§ 51 Abs 1 FGG ist insoweit dem durch das SorgeRG geänderten § 1678 Abs 2 nicht angepaßt worden, vgl § 1678 Rz 19; unscharf auch BayObLG FamRZ 1988, 867, 868). Die aus dem Dualismus von VormG und FamG bedingten Verzögerungen (erst bei Nichtübertragung durch das FamG aus Kindeswohlgründen kann das VormG einen Vormund bestellen, § 1678 Rz 32) sind ggf durch vorläufige Anordnung (MünchKomm-Hinz Rz 10; KIRSCH Rpfleger 1988, 234, 236) oder Maßnahmen nach § 1693 zu überbrücken (s Rz 21).

Die gesetzlichen **Rechtsfolgen** des vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses (§§ 1675, 1678, 1773, 1909) treten auch dann ein, wenn er sachlich unrichtig ist, also eine tatsächliche Verhinderung objektiv nicht vorliegt (vgl § 32 FGG; BayObLG FamRZ 1988, 867, 868; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 12; aM [nur redlichen Dritten gegenüber] ERMAN-MICHALSKI Rz 3). Das VormG hat schon im Verfahren gem § 1674 Abs 1 zu prüfen, ob der andere Elternteil gem § 1678 Abs 1 die Sorge künftig wahrnehmen kann oder ob Schutzmaßnahmen für das Kind gem §§ 1666 ff, 1773 oder 1909 notwendig werden (vgl § 1680 Rz 7). **Rechtsmittel** haben keine aufhebende Wirkung (§§ 24 Abs 1, 29 Abs 4 FGG; BayObLG aaO). Beschwerdeberechtigt ist auch das Jugendamt, entweder als Vormund des Kindes oder sonst gem §§ 57 Abs 1 Nr 9, 63 FGG (BayObLG FamRZ 1981, 595, 596), nicht jedoch auf Grund eines verfahrenseinleitenden Antrags (oben Rz 18).

2. Vorläufige Anordnungen

21

Bei längerdauernden Ermittlungen werden allgemein **vorläufige Anordnungen** zur Sicherung der Sorgeausübung für zulässig gehalten, sofern hierfür ein dringendes Regelungsbedürfnis besteht; das gleiche gilt bei festgestellter Verhinderung eines gem §§ 1671, 1672 alleinsorgeberechtigten Elternteils (oben Rz 19; vgl KG FamRZ 1962, 200, 201; LG Berlin Rpfleger 1975, 359 = FamRZ 1976, 167 [LS]; ERMAN-MICHALSKI Rz 3; MünchKomm-Hinz Rz 9, 10; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 10; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3). Allerdings darf nicht das Ruhen selbst angeordnet, sondern beispielsweise nur die Befugnis zur einstweiligen Ausübung des Sorgerechts auf den anderen Elternteil übertragen werden (oder aber vorläufige Pfleger- oder Vormundbestellung). Bei gemeinsam sorgeberechtigten Eltern hat diese Anordnung, falls wirklich eine Verhinderung bei einem Teil vorliegt, wegen § 1678 Abs 1 nur klarstellende Bedeutung.

Alternativ sind jedoch auch vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen nach § 1693 möglich (vgl BayObLG FamRZ 1979, 71, 73) oder – bei Kindesgefährdung – nach §§ 1666 ff.

III. Wiederaufleben der elterlichen Sorge, Abs 2

22

Da der vormundschaftsgerichtliche Feststellungsbeschuß gem Abs 1 aus Gründen der Rechtssicherheit zu einer Überlagerung der tatsächlichen durch eine (jedenfalls) rechtliche Verhinderung führt (Rz 2, 3, 20), kann der Wegfall der tatsächlichen Verhinderung allein nicht zum Wegfall der rechtlichen Verhinderung gem §§ 1674 Abs 1, 1675 führen: Es bedarf gem Abs 2 einer **konstitutiven vormundschaftsgerichtlichen Feststellung** des Wegfalls der tatsächlichen Verhinderung (anders bei §§ 1673, 1678 Abs 1). Die Feststellung ist vAw zu treffen (BayObLGZ 1967, 269, 271). Ein entsprechender Beschluß ist auch dann erforderlich, wenn sich – möglicherweise schon in der Rechtsmittelinstanz – herausstellt, daß die vormundschaftsgerichtliche Feststellung gem Abs 1 von Anfang an unrichtig war: Die dennoch ausgelöste Ruhensfolge (Rz 20) ist durch gegenläufige Feststellung gem Abs 2 zu

beseitigen (Wirkung *ex nunc*; möglich auch durch Rechtsbeschwerdegericht, BayObLG FamRZ 1988, 867, 868; vgl JANSEN FGG § 18 Rz 32; PALANDT-DIEDE-RICHSEN Rz 6).

- 23 Der Beschluß gem Abs 2 wird **wirksam** mit Bekanntgabe an den bisher verhinderten Elternteil (§ 51 Abs 2 FGG) und führt kraft Gesetzes zum Wiederaufleben der Ausübungsbefugnis. Damit lebt auch die Ausübungsbindung des anderen Elternteils (§§ 1678 Abs 1, 1627) wieder auf (bis zu dessen Kenntnis: § 1698 a), eine Vormundschaft erlischt (§ 1882), eine Pflegschaft ist aufzuheben (§ 1919). Eine Übertragung des Sorgerechts auf den anderen Elternteil gem § 1678 Abs 2 bleibt hingegen (zunächst) bestehen und kann allenfalls durch eine Änderungsentscheidung nach § 1696 revidiert werden (s § 1678 Rz 29).

24 IV. Internationales Privatrecht

Auf Grund seiner der Sache nach gestaltenden Wirkung (oben Rz 3) wird der vormundschaftsgerichtliche Beschluß zu Recht als „behördliche Schutzmaßnahme“ iSv Art 1 MSA angesehen (BayObLG FamRZ 1975, 425, 426; FamRZ 1988, 867). Demnach besteht internationale Zuständigkeit deutscher VormG für Entscheidungen nach § 1674 für alle Kinder mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland. Soweit Zweifel am „gewöhnlichen Aufenthalt“ bestehen (so AG Duisburg ZfJ 1989, 433 f für „unbegleitete“, asylsuchende Minderjährige; **krit** LG Duisburg ebd 434; Redaktionsanm ebd 433), genügt unter den Voraussetzungen des Art 9 MSA auch schlichter Aufenthalt.

Auf das **Heimatrecht des Kindes** iSv Art 3 MSA soll es nach der Rechtspraxis grundsätzlich nicht ankommen, da die einer Feststellung gem § 1674 Abs 1 zugrundeliegenden Umstände gleichzeitig eine Kindeswohlgefährdung iSv Art 8 MSA begründen (BayObLG FamRZ 1975, 425; 426; FamRZ 1988, 867; LG Duisburg ZfJ 1989, 434). Dies mag häufig der Fall sein, darf aber nicht generell unterstellt werden (zur mißbräuchlichen Berufung auf Art 8 MSA im allgemeinen s BÖHMER-SIEHR Art 8 MSA Rz 11).

Außerhalb des MSA folgt die *internationale Zuständigkeit* entweder auf §§ 43, 35 a Abs 1 Nr 1 FGG oder aus der „Verbundzuständigkeit“, § 623 ZPO (OLG Hamm FamRZ 1990, 781 f = IPRax 1991, 191 f; HENRICH, Internationales Familienrecht § 7 II 3 a). Das *anwendbare Recht* ergibt sich aus Art 19 Abs 2 EGBGB (Mindermeinung: Art 17 Abs 1 EGBGB; zum Streitstand DÖRNER IPRax 1991, 173 ff; KLINK-HARDT IPRax 1991, 174, 175 f).

§ 1675

Solange die elterliche Sorge ruht, ist ein Elternteil nicht berechtigt, sie auszuüben.

E I § 1554 Abs 1; II § 1567; III § 1654. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 9 § 2 Nr 3.

1 I. Allgemeines

Die Vorschrift konkretisiert die Rechtsfolge des „Ruhens der elterlichen Sorge“, wie sie sich aus den Tatbeständen der §§ 1673, 1674 Abs 1 und 1751 Abs 1 S 1 ergibt, es handelt sich also um eine unselbständige Rechtsnorm. Textgeschichte (ursprünglich § 1678 aF) wie § 1674 (dort Rz 7).

II. Die Wirkung des Ruhens für den betroffenen Elternteil

2

Der Elternteil, dessen Sorgerecht ruht, verliert dieses nicht der Substanz nach, er ist nur **rechtlich an der Ausübung gehindert**. Damit entfällt für ihn auch die aus Art 6 Abs 2 S 1 GG, § 1626 folgende **Pflicht** zur Kindessorge. Ob der Elternteil tatsächlich zur Sorgeausübung (ganz oder teilweise) in der Lage wäre, ist unerheblich (GERN-HUBER § 55 III 1; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; MünchKomm-HINZ Rz 2). Umgekehrt führen rein tatsächliche Ausübungshindernisse nicht zum rechtlichen Ruhen der elterlichen Sorge (§ 1674 Rz 1).

Umfaßt das Ruhen auch die Vermögenssorge, so hat der betroffene Elternteil gem § 1698 das **Kindesvermögen** herauszugeben und auf Verlangen Rechenschaft abzugeben. Die Verwendungsbefugnis gem § 1649 Abs 2 entfällt für den betroffenen Elternteil (s § 1649 Rz 24, 35; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2). Im übrigen behält er das Recht zum **persönlichen Umgang** mit dem Kind, § 1634 (dazu § 1673 Rz 15). Darüber hinaus ist der betroffene Elternteil bei Auswahl oder Entlassung des Vormunds als verfahrensbeteiligt anzusehen (BayObLG FamRZ 1965, 283, 284 [Beschwerdebefugnis offenlassend]).

Handelt der Elternteil trotz des Ruhens seines Sorgerechts für das Kind, so entsprechen die Wirkungen grundsätzlich dem Handeln eines nicht sorgeberechtigten Dritten (**fehlende Vertretungs- und Verfügungsmacht**, § 177; § 1666 Abs 1 S 1 [„Verhalten eines Dritten“] und S 2 [dazu § 1673 Rz 17]). Hiervon macht § 1698 a Abs 2 zugunsten des gutgläubigen Elternteils eine Ausnahme (Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Maßnahmen); Dritte werden hierbei nur geschützt, soweit sie ebenfalls gutgläubig sind.

III. Weitere Folgen und Maßnahmen

5

Hinsichtlich der weiteren Sorge für das Kind unterscheidet das Gesetz danach, ob ein anderer sorgeberechtigter (§ 1678 Abs 1) oder sorgerechtsfähiger Elternteil vorhanden ist (§ 1678 Abs 2); andernfalls (auch bei beidseitigem Ruhen der elterlichen Sorge) ist ein Vormund oder Pfleger zu bestellen (s Vorbem 3 ff zu §§ 1673 ff). Bei Tod oder Todeserklärung eines Elternteils s §§ 1677, 1681.

Das Ruhen der elterlichen Sorge **endet** im Fall des § 1673 ipso iure mit Erlangung **6** der vollen Geschäftsfähigkeit, im Fall des § 1674 mit Wirksamwerden eines Beschlusses gem § 1674 Abs 2. Kommt es im Fall der Adoptionseinwilligung (§ 1751 Abs 1 S 1) nicht zur Adoption (sonst: § 1755) oder verliert die Einwilligung ihre Kraft (§ 1750 Abs 4), so lebt das elterliche Sorgerecht dennoch **nicht automatisch wieder auf**: Hier ist analog § 1681 Abs 1 S 2 zu entscheiden und ggf eine andere Adoption anzustreben (MünchKomm-LÜDERITZ § 1751 Rz 4).

§ 1676

(Die Vorschrift betraf die Verwirkung der elterlichen Gewalt, sie wurde aufgehoben durch Art 1 Nr 23 SorgeRG. Zu Übergangsproblemen BT-Drucks 8/2788, 64, 65; BIENWALD FamRZ 1979, 989; VAN ELS, ZBJJugR 1979, 522.)

§ 1677

Die elterliche Sorge eines Elternteils endet, wenn er für tot erklärt oder seine Todeszeit nach den Vorschriften des Verschollenheitsgesetzes festgestellt wird, mit dem Zeitpunkt, der als Zeitpunkt des Todes gilt.

E I § 1557 Abs 2 S 1, Abs 3; II, § 1568; III § 1655. GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 9 § 2 Nr 3.

I. Allgemeines

1 1. Normbedeutung

Daß der **Tod eines Elternteils** auch das Ende seines Sorgerechts bedeutet, hat das Gesetz als selbstverständlich vorausgesetzt, eine ausdrückliche Regelung fehlt (entspr wird beim Tod des Kindes nur die „Nachsorge“ der Eltern angesprochen, § 1698 b). Hingegen bedurfte es bei **Todeserklärung oder Feststellung des Todeszeitpunkts** nach dem VerschG einer Regelung, weil diese Beschlüsse nur die **Vermutung** des Todes bzw des Todestages zur Folge haben (§ 9 bzw §§ 39, 44 Abs 2 VerschG). Konsequent wäre die Erstreckung des § 1674 jedenfalls auf die Todeserklärung gewesen (bei der Feststellung des Todeszeitpunkts steht der Tod als solcher fest, §§ 1 Abs 2, 39 VerschG). Ausgerichtet an der tatsächlichen Wahrscheinlichkeit und zur Vermeidung langer Schwebezustände hat der Gesetzgeber in §§ 1677, 1681 Abs 2 S 2, 3 jedoch das Regel-/Ausnahmeverhältnis umgekehrt und die Todeserklärung für den Bereich der elterlichen Sorge dem Tod (wenngleich revidierbar) gleichgestellt: Die elterliche Sorge des für tot Erklärten **endet** mit Wirksamkeit des amtsgerichtlichen Beschlusses (dazu §§ 29, 40 VerschG), sie kann aber **wiederaufleben**, wenn der unerwartet Zurückgekehrte dem VormG gegenüber die Erklärung abgibt, er wolle die elterliche Sorge wieder ausüben (dazu näher § 1681 Rz 22 ff).

- 2 Ob bei dieser Konzeption von einem (auflösend bedingten) Ende des Sorgerechts in seiner Substanz gesprochen werden kann oder ob nur – ähnl §§ 1673–1675 – in § 1677 ein rechtliches Ausübungshindernis ausgesprochen wird, ist streitig (im ersten Sinne GERNHUBER § 55 IV; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 2; im zweiten Sinne SOERGEL-STRÄTZ Rz 2). Für die erste Auffassung sprechen der klare Wortlaut des Gesetzes sowie der Umstand, daß eine Ruhenslösung vom Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt worden ist (Prot IV 644 ff). Angesichts der eindeutigen Regelungen des Gesetzes kann diese Frage jedoch dahinstehen.
- 3 Nur dogmatisch, nicht aber rechtspolitisch bedenklich erscheint auch, daß die Wiedererlangung des Sorgerechts von einer diesbezüglichen Willenserklärung des Zurückgekehrten abhängt (krit GERNHUBER aaO: Besser Feststellung der Unrichtigkeit der Todeserklärung entspr § 1674 Abs 2 mit automatischem Wiederaufleben des Sorgerechts): Wer in dieser Situation die elterliche Sorge nicht mehr ausüben will, kommt im Interesse des Kindes als Sorgerechtsinhaber auch nicht in Betracht; die gesetzliche Konzeption erspart Eingriffe nach §§ 1666, 1748.

4 2. Textgeschichte

Die Vorschrift (ursprünglich § 1679 aF) ist durch das GleichberG (Art 1 Nr 22) umgestellt und geändert worden; das SorgeRG (Art 9 § 2 Nr 3) brachte sprachliche Anpassungen.

5 II. Einzelheiten

Das mit dem Verschollenheitsverfahren befaßte Amtsgericht (§ 14 VerschG) hat, wenn ein Elternteil betroffen ist, dem VormG von seinen Beschlüssen Mitteilung zu machen, § 50 Abs 1 FGG. Wird eine Todeserklärung wegen Fehlens ihrer Voraussetzungen im Rechtsmittelverfahren aufgehoben, so ist die Beendigung des Sorgerechts als niemals eingetreten anzusehen (für zwischenzeitliche Sorgemaßnahmen des anderen Elternteils oder eines Vormunds s §§ 32 FGG, 1698 a BGB; bei einer Aufhebung gem §§ 30 ff VerschG bleibt es bei den Folgen des § 1681 Abs 2 S 2, 3).

Bei gemeinsam sorgeberechtigten Eltern führt die Todeserklärung des einen (wie 6 der Tod) zur Alleinsorge des anderen Teils (§ 1681 Abs 1 S 1, Abs 2 S 1). Bei alleiniger Sorge des für tot Erklärten gem §§ 1671, 1672 kann dem anderen Teil nach § 1681 Abs 1 S 2, Abs 2 S 1 das Sorgerecht übertragen werden. Das gleiche gilt bei Alleinsorge auf Grund einstweiliger oder vorläufiger Anordnung (§ 1678 Rz 13). Soweit der andere Elternteil nicht oder nicht voll als Sorgeberechtigter in Betracht kommt, ist ein Vormund oder Pfleger zu bestellen.

§ 1678

Ist ein Elternteil tatsächlich verhindert, die elterliche Sorge auszuüben, oder ruht seine elterliche Sorge, so übt der andere Teil die elterliche Sorge allein aus; dies gilt nicht, wenn die elterliche Sorge dem Elternteil nach den §§ 1671, 1672 übertragen war.

Ruht die elterliche Sorge des Elternteils, dem sie nach den §§ 1671, 1672 übertragen war, und besteht keine Aussicht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde, so hat das Familiengericht die elterliche Sorge dem anderen Elternteil zu übertragen, es sei denn, daß dies dem Wohle des Kindes widerspricht.

E I § 1555; II § 1573; III § 1661. GleichberG Art 1 Nr 22; 1. EheRG Art 1 Nr 30; SorgeRG Art 1 Nr 24, Art 9 § 2 Nr 3.

Systematische Übersicht

I. Allgemeines

1. Normbedeutung, Überblick 1
2. Textgeschichte 5

II. Tatbestandliche Voraussetzungen 6

III. Konsequenzen der tatsächlichen oder rechtlichen Verhinderung eines Elternteils für die weitere Kindessorge 7

1. Gemeinsam sorgeberechtigte Eltern, Abs 1 8
 - a) Gemeinsame Sorgeberechtigung 8
 - b) Rechtsfolge 9
 - c) Wegfall der Voraussetzungen des Abs 1 11
2. Verhinderung des allein sorgeberechtigten Elternteils 12

- a) Gesetzliche Konzeption; entsprechende Ausdehnung 12
- b) Rein tatsächliche Verhinderung 15
- c) Ruhen des Sorgerechts, Abs 2 18
 - aa) Grundsätze 18
 - bb) Ruhen 19
 - cc) Keine Aussicht auf Wegfall des Ruhensgrundes 22
 - dd) Kindeswohlprüfung 24
 - ee) Die Sorgerechtsübertragung und ihre Wirkungen 28
 - ff) Verhältnis zu § 1696 30
 - gg) Zuständigkeit und Verfahren 31

IV. Internationales Privatrecht 33

Alphabetische Übersicht

Adoptionseinwilligung 6, 8, 19
 Anhörung 31
 Aufhebung der Ehe 8
 Ausübungsbindung 8 f. 11

Bindung 12, 17, 26

Ehe 8
 Einstweilige Anordnung 4, 8, 10, 13, 17, 20, 23, 32
 Elternrecht 13, 18, 26, 30

Entfremdung 12
 Ergänzungspfleger 16, 23, 26

Feststellungsbeschluß
 – über tatsächliche Verhinderung 10, 19
 – über Wegfall der Verhinderung 11
 Fremdbetreuung 23

Geistig behinderte Eltern 10
 Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung 8

- Geschiedene 3, 8, 10, 12 f, 20 f, 30
 Getrennt lebende Eltern 3 f, 8, 10, 12 f, 20 f, 30
 Haager MSA 33
 IPR 33
 Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 27
 Kindeswohl 10, 12, 16, 24 ff, 29 f
 Kindeswohlgefährdung 10, 26
 Kontinuität 15, 17, 22
 Ledige Mutter 8
 Minderjähriger Elternteil 19
 Nichtigerklärung der Ehe 8
 Pfleger 1, 7, 10 f, 16 f, 23, 26, 32
 Rechtliche Verhinderung s. Ruhen der elterlichen Sorge
 Rekonstituierung der Familie 27
 Ruhen der elterlichen Sorge 2, 4, 6, 8 ff, 13 ff, 18 ff
 – partielles 20
 – vorübergehendes 22 f
 – Wegfall der Ruhensgründe 11, 23, 29
 Sorgerechtsänderung gem §§ 1696 iVm 1671, 1672 14, 16, 20 f, 23, 28 ff
 Sorgerechtsentzug 2, 10, 12, 25
 Stiefelternteil 12, 26
 Tatsächliche Verhinderung 2, 4, 6, 9 f, 15 ff, 25
 – partielle 9
 – Wegfall 11
 Tod eines Elternteils 2
 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 10
 Vermögenssorge 9, 28
 Vertretung 9
 Vorläufige Anordnung 4, 8, 10, 13, 17, 20, 23
 Vormund 1, 7, 10 f, 23, 26 f, 32
 Vormundschaftsgerichtliche Eingriffe
 – gem §§ 1666 ff 2, 10, 12, 25 f
 – gem § 1693, 1, 10, 32
 Zuständigkeit
 – internationale 33
 – örtliche 31
 – sachliche 5, 13, 16, 23, 26, 31 f

I. Allgemeines

1 1. Normbedeutung, Überblick

Thema des § 1678 (wie auch der §§ 1680, 1681) ist die **sorgerechtliche Position des anderen Elternteils**, nachdem ein Elternteil als Sorgeperson ausgefallen ist. Von vornherein nicht Normthema ist die Situation bei Fehlen eines (sorgerechtsfähigen) anderen Elternteils oder bei beiderseitigem Ausfall (dann Vormundschaft oder Pflegschaft nach allgemeinen Regeln, §§ 1773, 1909).

- 2 Hinsichtlich der **Gründe für den Ausfall** des einen Elternteils bezieht sich die Vorschrift ausschließlich auf die **rechtliche Verhinderung** gem §§ 1673–1675 (enthält also ergänzende Regelungen zur Ruhensfolge beim betroffenen Elternteil) sowie eine rein **tatsächliche Verhinderung**. Diese wird als Faktum genommen. § 1678 Abs 1 regelt in einer eigenständigen Folgeanordnung nur die Konsequenzen für den mitsorgeberechtigten Elternteil (für andere Ausfallgründe s. §§ 1680 [Sorgerechtsentzug], 1681 [Tod]).
- 3 Inhaltlich differenziert das Gesetz danach, ob die Eltern vor der Verhinderung eines Teils **gemeinsam sorgeberechtigt** waren (implizit vorausgesetzt in Abs 1) oder ob der verhinderte Teil der **alleinige Sorgeinhaber** war nach einer familiengerichtlichen Entscheidung gem §§ 1671, 1672 (Abs 1, 2). Im ersten Fall wird der andere Elternteil kraft Gesetzes allein ausübungsberechtigt (Rz 9, 10), im zweiten Fall kommt bei voraussichtlich endgültiger Verhinderung eine Sorgerechtsübertragung auf den anderen Elternteil in Betracht (Abs 2, dazu Rz 18 ff).
- 4 Bei **alleiniger Sorgeberechtigung des verhinderten Elternteils** läßt § 1678 mehrere Fragen **ungeregelt**:

- (1) Die Folgen einer nur tatsächlichen Verhinderung (dazu Rz 15–17);
- (2) Die Folgen einer rechtlichen Verhinderung (Ruhe der elterlichen Sorge), deren Wegfall zu erwarten ist (dazu Rz 23);
- (3) die Folgen rechtlicher oder tatsächlicher Verhinderung, wenn das Alleinsorge-recht nicht auf einer Übertragung dem §§ 1671, 1672, sondern auf einer **einstweiligen Anordnung** gem § 620 Abs 1 Nr 1 oder § 628 Abs 2 ZPO oder einer **vorläufigen Anordnung** im Rahmen eines Verfahrens nach § 1672 (vgl § 1672 Rz 25) beruhte (dazu Rz 13).

2. Textgeschichte

5

Der ursprüngliche § 1685 aF ist durch das GleichberG 1957 (Art 1 Nr 22) inhaltlich angepaßt worden und zu § 1678 geworden (ausf VoraufI Rz 1 f). Das 1. EheRG 1977 (Art 1 Nr 30) setzte für die Zuständigkeit zur Sorgerechtsübertragung nach Abs 2 das FamG an die Stelle des VormG (unten Rz 31). Seit dem SorgeRG 1979 (Art 1 Nr 24, Art 9 § 2 Nr 3) ist Gegenstand der Übertragung die „elterliche Sorge“, nicht nur deren Ausübung. Die Übertragung ist vAw vorzunehmen, eines Antrags des anderen Elternteils bedarf es nicht mehr (vgl BT-Drucks 8/2788, 65); auch wurde die Vorschrift sprachlich angepaßt.

II. Tatbestandliche Voraussetzungen

6

Vom Tatbestand her setzt § 1678 nur voraus *entweder* eine **tatsächliche Ausübungs-verhinderung** oder das **Ruhe** der elterlichen Sorge als rechtliche Verhinderung. Während sich dieses auf der Grundlage der §§ 1673, 1674 Abs 1, 1751 Abs 1 S 1 (jeweils mit § 1675) ergibt, ist der Begriff der „tatsächlichen Verhinderung“ derselbe wie in § 1674 (s dort Rz 9 ff sowie § 1673 Rz 7). Erfasst sind – über § 1674 Abs 1 hinaus – auch **Verhinderungen** von **kürzerer Dauer**, sowie längere Verhinderungen, die nicht zu einem Beschluß nach § 1674 Abs 1 geführt haben. Rechtliche Verhinderungen, die nicht im Ruhe der elterlichen Sorge bestehen, können nicht als tatsächliches Hindernis qualifiziert werden, für sie gelten eigene Regeln (vgl Vorbem 3 zu §§ 1673 ff, betr § 1629 Abs 2).

III. Konsequenzen der tatsächlichen oder rechtlichen Verhinderung eines Elternteils für die weitere Kindessorge

§ 1678 befaßt sich nur mit den Folgen für die sorgerechtliche Stellung des **anderen Elternteils**. Ist ein solcher nicht vorhanden oder kommt er aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen als alleiniger Sorgerechtsinhaber nicht in Betracht, ist gem §§ 1693, 1773, 1909 ein Vormund oder Pfleger zu bestellen (vgl Rz 1).

1. Gemeinsam sorgeberechtigte Eltern, Abs 1

a) Gemeinsame Sorgeberechtigung

8

Das Gesetz geht in Abs 1 implizit davon aus, daß vor der Verhinderung des einen Teils beide Eltern das Sorgerecht gemeinsam ausgeübt hatten (Rz 3). Entgegen verbreiteter Darstellung ist **nicht** erforderlich eine bestehende oder gar intakte **Ehe** der Eltern (vgl aber ERMAN-MICHALSKI Rz 1; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4). Die Regelung des Abs 1 gilt **auch** bei dauernder **tatsächlicher Trennung** der Eltern, solange nicht eine Sorgerechtsregelung nach § 1672 oder

durch einstweilige oder vorläufige Anordnung getroffen worden ist (dazu noch Rz 13); sie gilt weiterhin nach **Aufhebung oder Nichtigserklärung der Ehe** bis zu einer Sorgerechtsentscheidung entspr § 1671 (vgl dort Rz 198 f) sowie schließlich bei Belassung des **gemeinsamen Sorgerechts nach der Scheidung** durch das FamG (MünchKomm-HINZ Rz 10, BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4). Sie wird künftig auch anzuwenden sein bei gemeinsamem Sorgerecht der Eltern, die nie miteinander verheiratet waren (vgl BVerfG NJW 1991, 1944). Abs 1 greift also immer ein, wenn und soweit die Eltern rechtlich zur gemeinsamen Sorgerechtsausübung gem § 1627 berufen sind (Teilgemeinsamkeit etwa nach beschränktem Sorgerechtsentzug auf einer Seite oder gem § 1673 Abs 2 [Personensorge], s § 1673 Rz 20 ff). Das gilt auch dann, wenn erst nach Verwirklichung eines Ruhenstatsbestandes bei einem Elternteil der andere Elternteil als Sorgeberechtigter hinzutritt (vgl BayObLG FamRZ 1988, 867; Nichteheleiche Mutter willigt in Adoption ein [§ 1751 Abs 1 S 1], heiratet dann den Vater, der das Kind anerkannt hat [§§ 1719, 1626 ff]).

9 b) Rechtsfolge

Die tatsächliche Verhinderung eines Elternteils oder das Ruhen seines Sorgerechts führen **ipso iure** zum **alleinigen Ausübungsrecht des anderen Teils** – es entfällt also die Ausübungsbindung gem §§ 1627, 1628, 1629 Abs 1 S 1. Damit wird der andere Teil auch allein vertretungsberechtigt, § 1629 Abs 1 S 2. Bezieht sich die Verhinderung des betroffenen Elternteils (und damit die Ruhenswirkung des § 1675) nur auf einen **Teilbereich** des Sorgerechts, etwa die Personen- oder die Vermögenssorge, so beschränkt sich die Wirkung des Abs 1 hierauf. Entscheidungskonflikte in Fragen, die beide Sorgebereiche betreffen, sind entspr § 1628 zu lösen (§ 1673 Rz 28).

- 10 Diese Wirkung tritt nicht ein**, wenn auch der andere Elternteil rechtlich oder tatsächlich **verhindert** ist (MünchKomm-HINZ Rz 11; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 4; vgl § 1674 Rz 20: diesbezügliche Prüfung schon bei Feststellungsbeschluß nach § 1674 Abs 1). War ihm das Sorgerecht zuvor ganz oder teilweise entzogen worden, fehlt es schon an der Voraussetzung gemeinsamer Sorgeberechtigung. Gleiches gilt nicht nur bei vorheriger Entrechtung durch Sorgerechtsentscheidung gem §§ 1671, 1672 (§ 1678 Abs 1 HS 2), sondern auch durch einstweilige Anordnung im Scheidungsverfahren oder vorläufige Anordnung im Verfahren nach § 1672 (vgl KG FamRZ 1973, 152 f; MünchKomm-HINZ Rz 10; dazu unten Rz 13). Gleichfalls nach § 1666 abzuwehren sind gefährdende Einflüsse des verhinderten (möglicherweise geistesgestörten) Elternteils, gegen die der andere Teil das Kind nicht zu schützen vermag (vgl § 1680 Rz 9, 13, 19); uU kann beim anderen Teil insoweit auch tatsächliche Verhinderung anzunehmen sein, wenn seine mangelnde Schutzfähigkeit auf geistiger Behinderung beruht (vgl § 1674 Rz 16).

Sind in der Person des anderen Elternteils die Voraussetzungen der §§ 1666 ff erfüllt, *ohne* daß es bisher zu einem vormundschaftsgerichtlichen Eingriff gekommen ist, kann dies das automatische Erstarken zur Alleinsorge gem Abs 1 HS 1 nicht hindern (aM SCHWAB, Familienrecht Rz 514): Erst die einzelfallbezogene, an Kindeswohl und Verhältnismäßigkeitsprinzip orientierte Entscheidung des VormG nach §§ 1666 ff führt zu einer rechtlichen Einschränkung der elterlichen Sorge. Allerdings muß die Situation dem VormG Anlaß geben (ähnlich wie in § 1680 Abs 1 S 1, 2), unverzüglich Maßnahmen zum Kindesschutz zu prüfen und ggf zu treffen (uU durch vorläufige Anordnung, dazu § 1666 Rz 177 ff).

Tritt die Wirkung des Abs 1 HS 1 wegen Verhinderung auch des anderen Teils ausnahmsweise nicht ein, so ist gem §§ 1693, 1773, 1909 ein Vormund oder Pfleger für das Kind zu bestellen (MünchKomm-HINZ Rz 11; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 3).

c) Wegfall der Voraussetzungen des Abs 1

11

Fällt die Verhinderung des einen Elternteils wegen Veränderung der tatsächlichen Umstände (im Fall der §§ 1673 Abs 1, 2 und 1678 Abs 1) oder durch Feststellungsbeschluß gem § 1674 Abs 2 weg, erlangt er ohne weiteres die Möglichkeit zur Ausübung der elterlichen Sorge zurück. Damit lebt im Fall des Abs 1 HS 1 die Ausübungsbindung des anderen Teils gem §§ 1627, 1628, 1629 Abs 1 S 1 wieder auf (Gutgläubensschutz analog § 1698 a). Zur Rechtslage bei Vormund- oder Pflegerbestellung s § 1673 Rz 14.

2. Verhinderung des allein sorgeberechtigten Elternteils

a) Gesetzliche Konzeption; entsprechende Ausdehnung

12

Eine Übertragungsmöglichkeit auf den anderen Elternteil gem Abs 2 ist für den Fall vorgesehen, daß der verhinderte Elternteil das alleinige Sorgerecht durch Sorgerechtsentscheidung gem §§ 1671, 1672 erhalten hat. Gedanklicher Hintergrund ist die Vorstellung, daß hier ein grundsätzlich sorgerechtsfähiger Elternteil latent bereitsteht, der vom Kindes- wie Elternrecht her primär dazu berufen ist, in das sorgerechtliche Vakuum einzurücken (anders bei Alleinsorge wegen Sorgerechtsentzugs beim anderen Elternteil, §§ 1666 ff iVm 1680 Abs 1 S 1, oder wegen dessen Verhinderung, §§ 1673 ff iVm 1678 Abs 1). Dennoch vollzieht sich der **Sorgerechtsübergang nicht kraft Gesetzes**, sondern durch **konstitutive richterliche Übertragung** nach vorgeschalteter Kindeswohlprüfung: Bei Alleinsorge eines Elternteils kann im Einzelfall eine Entfremdung des Kindes zum anderen Elternteil oder eine enge Bindung an einen Dritten (Stiefelternteil) entstanden sein, so daß eine Sorgerechtsübertragung auf den anderen Elternteil dem Kindeswohl zuwiderlaufen würde (unten Rz 24, 26).

Während das Gesetz diesen Gedanken nicht nur bei rechtlicher Verhinderung des allein sorgeberechtigten Elternteils (§ 1678 Abs 2), sondern auch bei sonstigen Ausfallgründen konsequent durchführt (§§ 1680 Abs 2, 1681 Abs 1 S 2), ist der *tatbestandliche Ausgangspunkt* (Alleinsorge nach Entscheidung gem §§ 1671, 1672) zu eng gefaßt. Wertungsmäßig grundsätzlich gleich zu behandeln sind Sorgerechtsübertragungen durch **einstweilige Anordnung** im Scheidungsverfahren (§§ 620 Abs 1 Nr 1, 628 Abs 2 ZPO; vgl GERNHUBER § 56 VIII 2; teilweise abweichend KG FamRZ 1973, 152, 153 f) oder durch **vorläufige Anordnung** im Verfahren nach § 1672 (vgl § 1672 Rz 25; oben Rz 4). Die familiengerichtliche Übertragungskompetenz auf den anderen Elternteil gründet sich in diesen Fällen zwar nicht auf § 1678 Abs 2, sondern auf die grundsätzliche Änderungsmöglichkeit bei einstweiligen Regelungen (§ 620 b Abs 1 S 2 ZPO in direkter oder entsprechender Anwendung, vgl ZÖLLER-PHILIPPI § 628 Rz 21), denn auch die so verliehene Sorgeberechtigung kann nur vorläufigen Charakter haben. Das **materiellrechtliche Wertungsmodell des § 1678 Abs 2 muß aber auch für diese Entscheidungen gelten**: Übertragungsanspruch des anderen Elternteils, wenn dem nicht das Kindeswohl im Einzelfall entgegensteht (vgl unten Rz 24). Im Ergebnis wird hier eine Übertragung auf den anderen Elternteil häufig sogar eher möglich sein im Hinblick auf die regelmäßig erst kürzere Trennung vom Kind und die Vorläufigkeit der Änderung (weitere Einzelheiten u Rz 17, 23).

§ 1678 Abs 2 ist **entsprechend anwendbar** auch auf Elternteile, deren (nunmehr 14 ruhende) Alleinsorge auf einer Entscheidung gem § 1696 (iVm §§ 1671, 1672) beruht oder auf einem richterlichen Übertragungsakt gem §§ 1678 Abs 2, 1680

Abs 2, wenn beim anderen Elternteil die damaligen Hinderungs- oder Entzugsgründe weggefallen sind.

Die Vorschrift wird nach der vom BVerfG erzwungenen Reform des Nichtehelichenrechts künftig auch auf **nichteheliche Eltern** anzuwenden sein (BVerfG NJW 1991, 1444) – sowohl bei Trennung von Partnern mit gemeinsamen Sorgerecht wie auch bei alleinigem Sorgerecht der Mutter (nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder auch generell).

15 b) Rein tatsächliche Verhinderung

§ 1678 **regelt nicht** die Folgen eines nur **tatsächlichen Ausfalls** des alleinsorgeberechtigten Elternteils: Abs 1 HS 2 schließt einen gesetzlichen Übergang des Sorgerechts auf den anderen Teil ausdrücklich aus, und Abs 2 eröffnet die richterliche Übertragungsmöglichkeit nur für den Fall des Ruhens der elterlichen Sorge. Das Gesetz geht davon aus, daß bei kurzfristigen Verhinderungen ein Sorgerechtswechsel dem Kontinuitätsinteresse des Kindes zuwiderlaufen würde, bei langfristigen Verhinderungen aber zunächst der Weg des § 1674 Abs 1 zu beschreiten ist.

- 16 Immerhin bleibt die negative Aussage, daß der tatsächliche Ausfall des alleinsorgeberechtigten Elternteils für sich genommen noch kein Grund ist, dem anderen Teil das Sorgerecht zu übertragen. Regelmäßige Konsequenz des Ausfalls ist deshalb eine Pflegerbestellung (**Ergänzungspflegschaft**) durch das VormG (§§ 1693, 1909 Abs 1 S 1; nicht Vormundschaft, vgl MünchKomm-Schwab § 1773 Rz 9), ohne daß beim anderen Elternteil die Voraussetzungen des § 1671 Abs 5 erfüllt sein müßten (Schwoerer FamRZ 1958, 88, 93; vgl BayObLG FamRZ 1962, 32 ff; MünchKomm-Hinz Rz 14; BGB-RGRK-Adelmann Rz 8). Daneben bleibt die Kompetenz des Familiengerichts unberührt, unter den (zusätzlichen) Voraussetzungen des § 1696 (mit §§ 1671, 1672) das Sorgerecht auf den anderen Elternteil zu übertragen (BayObLG aaO). Zwischen beiden Möglichkeiten besteht kein Regel-/Ausnahmeverhältnis (vgl aber MünchKomm-Hinz Rz 14; BGB-RGRK-Adelmann Rz 8), entscheidend ist die Gesamtabwägung des Kindeswohls im Einzelfall.
- 17 Beruht das Alleinsorgerecht des verhinderten Elternteils auf einer **einstweiligen oder vorläufigen Anordnung**, wird regelmäßig eine Änderung dieser Anordnung zugunsten des anderen Elternteils in Betracht kommen: Kontinuitäts- wie Bindungsinteressen des Kindes weisen hier eher auf den anderen Elternteil als auf einen Pfleger (vgl Rz 13).

c) Ruhen des Sorgerechts, Abs 2

18 aa) Grundsätze

Das FamG hat die elterliche Sorge (nicht nur die Ausübungsbefugnis) auf den anderen Elternteil zu übertragen, wenn (1) das Sorgerecht des bislang Alleinberechtigten **ruht**, (2) **keine Aussicht auf Wegfall** des Ruhens besteht, und (3) die Übertragung dem **Wohl des Kindes nicht widerspricht**. Die Übertragung hat **von Amts wegen** zu erfolgen (Rz 5).

Aus der Gesetzesfassung wie auch aus Art 6 Abs 2 GG ergibt sich ein **Recht des anderen Elternteils auf Sorgeübertragung**, das nicht schon Zweckmäßigkeitserwägungen weicht, sondern erst konkreten entgegenstehenden Kindesinteressen (näher Rz 26; vgl MünchKomm-Hinz Rz 12).

19 bb) Ruhen

Einschlägige Ruhenstatbestände finden sich in §§ 1673 Abs 1 und 1674 Abs 1. Bei minderjährigen Elternteilen (§ 1673 Abs 2) kann die Übertragungssituation des

§ 1678 Abs 2 praktisch nicht entstehen; bei § 1751 Abs 1 S 1 fehlt es im Hinblick auf § 1750 Abs 4 stets an der voraussichtlichen Endgültigkeit des Ruhens. Genaugenommen müßte auch **§ 1674 Abs 1** als Ruhensgrundlage für § 1678 Abs 2 ausscheiden, da die Ruhenswirkung nach dieser Vorschrift erst mit der Übertragung des Sorgerechts auf den anderen Teil eintritt (§ 51 Abs 1 FGG), die Übertragung aber ihrerseits das Ruhen voraussetzt. Dieser **gesetzliche Widerspruch** ist aufzulösen durch eine Auslegung (teleologische Extension) des § 1678 Abs 2, wonach für eine Übertragung der Feststellungsbeschluß des VormG gem § 1674 Abs 1 genügt, auf die gesetzliche Ruhenswirkung kommt es nicht an (diese wird nicht einmal durch die anschließende Übertragung ausgelöst, s § 1674 Rz 19). Tatsächliche Verhinderung des Sorgeberechtigten *ohne Feststellungsbeschluß* des VormG gem § 1674 Abs 1 genügt nicht für § 1678 Abs 2 (BayObLGZ 1961, 262, 263 f).

Partielles Ruhen (§ 1673 Rz 11; § 1674 Rz 10) genügt regelmäßig nicht für eine **20** Übertragung nach Abs 2; die sonst entstehende sachliche Aufspaltung des Sorgerechts zwischen den Eltern widerspräche den Grundsätzen des § 1671 (dort Rz 47). Anderes kann gelten, wenn die gesamte Personensorge oder Vermögenssorge betroffen ist: Entsprechend § 1671 Abs 4 S 2 und den dazu entwickelten Grundsätzen (§ 1671 Rz 42–44) kommt auch hier eine Teilübertragung in Betracht. Sachliche Aufspaltungen des Sorgerechts durch Teilübertragung nach Abs 2 können auch großzügiger zugelassen werden, wenn die Alleinsorge des betroffenen Elternteils zunächst nur auf einstweiliger oder vorläufiger Anordnung beruhte (vgl Rz 13), eine endgültige Entscheidung nach §§ 1672 oder 1671 also bevorsteht. Sonst aber gibt dauerhaftes partielles Ruhen Anlaß zur Prüfung gem §§ 1696, 1671, 1672.

Bestehen **Zweifel über das Ruhen** der elterlichen Sorge beim alleinigen Sorgerechts- **21** inhaber, sind aber die Voraussetzungen einer Sorgerechtsänderung gem §§ 1696, 1671, 1672 gegeben, so ist vorrangig nach diesen Vorschriften zu entscheiden (BayObLGZ 1978, 172, 176 f = FamRZ 1979, 178 [LS]).

cc) Keine Aussicht auf Wegfall des Ruhensgrundes

22

Eine vorübergehende Verhinderung des Sorgeberechtigten genügt für sich allein nicht für eine Übertragung (vgl auch Abs 1 HS 2, dazu Rz 10). Das Erfordernis der voraussichtlichen Endgültigkeit des Ruhens soll dem Kind mehrfache Sorgerechtswechsel ersparen und die Erziehungskontinuität sichern (MünchKomm-HINZ Rz 12; Soergel-STRÄTZ Rz 7; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 8).

Besteht Aussicht auf Wegfall des Ruhensgrundes, so gilt das gleiche wie bei nur **23** tatsächlicher Verhinderung (oben Rz 15–17): Zur Überbrückung ist ein **Vormund oder Pfleger** zu bestellen, §§ 1693, 1773 Abs 1, 1909 Abs 1 S 1, oder aber eine familiengerichtliche **Sorgerechtsänderung** gem §§ 1696, 1671, 1672 in Betracht zu ziehen (bzw – bei Alleinberechtigung auf Grund einstweiliger oder vorläufiger Anordnung – eine ändernde Anordnung, vgl Rz 13 und 17). Daß eine Sorgerechtsänderung bei vorübergehendem Ruhen regelmäßig nicht angezeigt sei (BayObLGZ 1961, 243, 249 = FamRZ 1962, 32, 33), kann so generell nicht gesagt werden: Es kommt stets auf den Einzelfall, insbes das Kindesalter, die Dauer der Verhinderungszeit sowie die Betreuungsalternativen an. Drittbetreuung kann dem Kind schädlicher sein als ein Sorgerechtswechsel, außerdem genießt persönliche elterliche Betreuung auch rechtlich Vorrang (vgl BVerfG NJW 1981, 217, 219; § 1671 Rz 91 ff).

dd) Kindeswohlprüfung

24

Auch bei endgültigem Ruhen des Sorgerechts beim alleinigen Inhaber kommt eine Übertragung auf den anderen Elternteil nur in Betracht, wenn dies nicht **dem**

Kindeswohl widerspricht. Abs 2 erlaubt keine „offene“ Kindeswohlabwägung, sondern eröffnet den Kindesinteressen Wirkungsmöglichkeit nur als **Korrektiv einer Regelzuweisung an den anderen Elternteil** (näher § 1681 Rz 10).

- 25 Nicht Inhalt, sondern schon **Voraussetzung** der von Abs 2 geforderten Kindeswohlprüfung ist die **grundsätzliche Sorgerechtsfähigkeit des anderen Elternteils**. An einer Übertragbarkeit der elterlichen Sorge fehlt es von vornherein, wenn auch beim anderen Elternteil **Ruhensgründe** vorliegen oder wenn ihm das elterliche Sorgerecht **entzogen** worden war und die Entzugsgründe (§§ 1666 ff) noch fortbestehen (wenn noch kein Entzug: Rz 26). Eine Übertragung scheidet auch aus, solange der andere Elternteil **tatsächlich** an der Sorgerechtsausübung **verhindert** ist (vgl § 1678 Abs 1).
- 26 Der Übertragung auf einen grundsätzlich sorgerechtsfähigen anderen Elternteil können im Einzelfall alle generell beachtlichen Kindeswohl-Aspekte entgegenstehen (§ 1671 Rz 70 ff, zum Kindeswillen ebd Rz 115 ff), vor allem persönliche **Eignungsmängel** oder Betreuungsprobleme oder aber eine positive **psychosoziale Bindung des Kindes**, etwa an einen Stiefelternteil, deren Abbruch den Kindesinteressen zuwiderlaufen würde (vgl Rz 12). Diese Gesichtspunkte *können* ein auch für Eingriffe nach § 1666 ausreichendes Gewicht erlangen, müssen es aber nicht: Abs 2 verlangt keine Kindeswohlgefährdung als Ausschlußgrund für die Übertragung, *es genügen erkennbar widersprechende, wesentliche Kindesinteressen*. Das Recht der Eltern auf ihr Kind wird demnach unterschiedlich geschützt, je nachdem, ob sie aktuell oder nur latent Sorgerechtsträger sind (GERNHUBER § 56 VIII 4).

Scheidet eine Sorgerechtsübertragung auf den anderen Elternteil aus Kindeswohlgründen aus, hat das VormG gem §§ 1693, 1773, 1909 einen **Vormund oder Pfleger** für das Kind zu bestellen (das FamG kann diese Bestellung gem §§ 1696, 1671 Abs 5 nur bei Kindesgefährdung vornehmen; **aA** BGB-RGRK-ADELMANN Rz 7).

- 27 Auch wenn man Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Konzeption nicht teilt (vgl GERNHUBER aaO), so muß gesehen werden, daß die Nichtübertragung gem Abs 2 zur dauernden rechtlichen Elternlosigkeit des Kindes führen kann. Die Bestellung eines Vormunds ist deshalb nicht Schlußpunkt der staatlichen Intervention, sondern hat Ausgangspunkt pflichtgemäßer jugendhilferechtlicher Bemühungen iSd § 37 Abs 1 KJHG zu sein, gerichtet auf Rekonstituierung der Herkunftsfamilie des Kindes *oder* Etablierung einer neuen Familie. Die Hürde für den zweiten Weg darf nicht höher sein als die des § 1678 Abs 2, will man nicht eine Gruppe von Kindern schaffen, denen sowohl die eigenen Eltern wie auch Ersatzeltern rechtlich verweigert werden (vgl COESTER FamRZ 1991, 253, 259 f).

28 ee) Die Sorgerechtsübertragung und ihre Wirkungen

Die Sorgerechtsübertragung nach Abs 2 führt zu einem **Wechsel des Sorgerechtsinhabers**, die Wirkungen entsprechen der einer Änderungsentscheidung gem § 1696 (GERNHUBER § 56 VII 3; MünchKomm-HINZ Rz 16; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 9). Im Fall des § 1673 Abs 1 verliert der bisherige Inhaber auch sein schon ruhendes Sorgerecht, im Fall des § 1674 Abs 1 folgt dem Verlust der faktischen Ausübungsmöglichkeit nun auch der Rechtsverlust (vgl Rz 19; **aA** [kein Substanzverlust] SOERGEL-STRÄTZ Rz 11). Soweit noch nicht geschehen, hat der bisherige Sorgerechtsinhaber dem anderen Elternteil das Kindesvermögen herauszugeben (§ 1698).

- 29 Fallen nach Sorgerechtsübertragung unerwartet die **Ruhensgründe** beim früheren Sorgerechtsinhaber **wieder weg**, so führt dies weder zum automatischen Rückfall des Sorgerechts auf ihn noch auch nur zum automatischen Wiederaufleben seines

Sorgerechts neben dem anderen Elternteil (so aber DÖLLE § 95 II 2; KRÜGER-BREITZKE-NOWACK § 1678 Rz 8). Vielmehr **bleibt es grundsätzlich bei dem alleinigen Sorgerecht des anderen Elternteils**, Änderungen sind allein nach Maßgabe der §§ 1696, 1671, 1672 möglich (GERNHUBER § 56 III 3 Fn 2; MünchKomm-HINZ Rz 16; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 9; SOERGEL-STRÄTZ Rz 12 spricht mißverständlich von „Aufhebung“ nach Maßgabe von § 1696). Entscheidend sind also allein die Kindesinteressen, eine Rückübertragungspflicht des FamG besteht nicht. Der früher sorgeberechtigte Elternteil kann das Sorgerecht auch wiedererlangen, wenn hinsichtlich der Person des nunmehr sorgeberechtigten anderen Elternteils ein Tatbestand der §§ 1678 Abs 2, 1680 Abs 2 oder 1681 Abs 1 S 2 erfüllt ist.

ff) Verhältnis zu § 1696

30

§ 1678 Abs 2 wird weitgehend von §§ 1696, 1671, 1672 überlagert. Es ist kaum ein Fall denkbar, in dem der Tatbestand des § 1678 Abs 2 erfüllt ist, nicht aber die Änderungsvoraussetzungen nach § 1696 gegeben sind (vgl BayObLGZ 1978, 172, 173; SCHWOERER FamRZ 1958, 88, 92; SOERGEL-STRÄTZ Rz 9). Darüber hinaus bleibt die Möglichkeit einer Sorgerechtsänderung unberührt, wenn eine Übertragung gem § 1678 Abs 2 ausscheidet (vgl Rz 16, 19, 21) oder die tatbestandlichen Voraussetzungen (Ruhen, Endgültigkeit) zweifelhaft sind (BayObLGZ 1978, 172, 176 f; oben Rz 21). Für die Situation des voraussichtlich endgültigen rechtlichen Ausfalls des allein Sorgeberechtigten verdeutlicht § 1678 Abs 2 nur die sorgerechtlichen Konsequenzen im Lichte von Elternrecht und Kindesinteresse (vgl BayObLG FamRZ 1962, 32 ff; MünchKomm-HINZ Rz 15: nur § 1678 Abs 2 normiere einen Übertragungsanspruch des anderen Elternteils) und erlaubt eine – im Verhältnis zu § 1696 – verkürzte Kindeswohlprüfung und Übertragungsbegründung. Zum gleichen Ergebnis käme man allerdings auch bei recht verstandener, Art 6 Abs 2 GG Rechnung tragender Handhabung des § 1696 – die normative Bedeutung des § 1678 Abs 2 beschränkt sich also auf einer Konkretisierung der zu allgemein gehaltenen Änderungs-Generalklausel des § 1696.

gg) Zuständigkeit und Verfahren

31

Die Übertragung ist eine **Familien Sache** gem § 621 Abs 1 Nr 1 ZPO, die örtliche **Zuständigkeit** folgt aus §§ 621 Abs 2 S 2 ZPO iVm 64k Abs 3, 43 Abs 1, 36 FGG. Bei Streit über die Zuständigkeit erfolgt obergerichtliche Bestimmung nach §§ 621 a Abs 1 S 2, 36, 37 ZPO (BGH FamRZ 1988, 1259, 1260). Innerhalb des FamG entscheidet nicht der Rechtspfleger, sondern der **Richter** (§ 14 Abs 1 Nr 15 RPflG). **Anhörungen** der Eltern nach § 50a, des Kindes nach § 50b FGG, des Jugendamts nach § 49a Abs 1 Nr 3 FGG (§ 49 Abs 1 Nr 1 Buchst g FGG, betr das VormG, soll sich wohl auf Maßnahmen vor Übertragung oder bei deren Ablehnung beziehen). Beschwerde nach § 621 c ZPO. Kosten: § 94 Abs 1 Nr 4, Abs 3 KostO.

Vor der Übertragung kann das FamG durch **einstweilige Anordnung** (§ 620 Abs 1 Nr 1 ZPO) die Sorge für das Kind sicherstellen; daneben kommen Maßnahmen des VormG gem § 1693 in Betracht. **Vormund- oder Pflegerbestellung** des VormG kann erst erfolgen, wenn die Übertragung gem § 1678 Abs 2 durch familiengerichtlichen Beschluß abgelehnt worden ist (vorrangig jedoch familiengerichtliche Anordnungen gem §§ 1696, 1671 Abs 5).

IV. Internationales Privatrecht

33

Für Abs 1 gilt das gleiche wie bei § 1673 (dort Rz 28). Die Übertragung nach Abs 2 ist ebenso wie Vormund- oder Pflegerbestellung „Schutzmaßnahme“ iSd Art 1 MSA (näheres § 1674 Rz 24).

§ 1679

(Die Vorschrift regelte die Folgen der Verwirkung elterlicher Gewalt, § 1676 aF, für den anderen Elternteil. Sie wurde mit dem Institut der Verwirkung aufgehoben durch Art 1 Nr 25 SorgeRG.)

§ 1680

Wird die gesamte elterliche Sorge, die Personensorge oder die Vermögenssorge einem Elternteil entzogen, so übt der andere Elternteil die Sorge allein aus. Das Vormundschaftsgericht trifft eine abweichende Entscheidung, wenn dies das Wohl des Kindes erfordert. Endet die Vermögenssorge eines Elternteils nach § 1670, so hat das Vormundschaftsgericht anzuordnen, daß dem anderen Elternteil die Vermögenssorge allein zusteht, es sei denn, daß dies den Vermögensinteressen des Kindes widerspricht. Vor der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts kann der andere Elternteil die Vermögenssorge nicht ausüben.

Wird die gesamte elterliche Sorge, die Personensorge oder die Vermögenssorge dem Elternteil entzogen, dem sie nach den §§ 1671, 1672 übertragen war, oder endet seine Vermögenssorge nach § 1670, so hat das Vormundschaftsgericht sie dem anderen Elternteil zu übertragen, es sei denn, daß dies dem Wohle des Kindes widerspricht. Andernfalls bestellt es einen Vormund oder Pfleger.

GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 1 Nr 26.

Systematische Übersicht

I. Allgemeines

1. Normbedeutung, Überblick 1
2. Normgeschichte 4

- c) Die Entscheidung des VormG gem Abs 1 S 3 19
- d) Spätere Änderungen 21

II. Gemeinsame Sorgeberechtigung beider Eltern, Abs 1

1. Gemeinsame Sorgeberechtigung 5
2. Entzug des Sorgerechts bei einem Elternteil, Abs 1 S 1, 2 6
 - a) Gegenstand des Entzugs 6
 - b) Grundsätzliche Alleinsorge des anderen Teils, Abs 1 S 1 7
 - c) Abweichende Entscheidung aus Gründen des Kindeswohls, Abs 1 S 2 9
- aa) Eingriffsvoraussetzungen 9
- bb) Entscheidungsinhalt und -folgen 14
- cc) Änderungen: Wegfall der Eingriffsvoraussetzungen 16
3. Ende der Vermögenssorge bei Konkurs, Abs 1 S 3, 4 17
 - a) Gesetzliche Konzeption 17
 - b) Rechtsstellung des anderen Elternteils 18

III. Sorgerechtsentzug oder Ende der Vermögenssorge beim alleinsorgeberechtigten Elternteil, Abs 2

1. Gesetzliche Konzeption 23
2. Tatbestandliche Voraussetzungen 24
 - a) Alleiniges Sorgerecht des betroffenen Elternteils 24
 - b) Sorgerechtsentzug oder Ende der Vermögenssorge gem § 1670 Abs 1 25
- c) Kindeswohlprüfung 26
3. Die richterliche Entscheidung und ihre Wirkungen 29

IV. Verhältnis zu § 1696 32**V. Zuständigkeit und Verfahren 33****VI. Internationales Privatrecht 34**

Alphabetische Übersicht

Amtsermittlungsgrundsatz 33
 Anhörung 33
 Aufenthaltsbestimmungsrecht 6, 25
 Aufsichtspflegschaft 14
 Aufspaltung der elterlichen Sorge 1, 6, 25, 29

Ausübungsbindung 6 f, 18, 22, 29
 Bindung 27
 Ehe 5
 Einstweilige Anordnung 24

Elternrecht 6, 10, 17, 23	Rückübertragung 22, 30
Entzugsgründe 2, 25	Ruhen der elterlichen Sorge 1, 8
– Wegfall 30	– partielles 25
Gefährdungsgrenze 10 ff	Schulisches Vertretungsrecht 25
Geschiedene Eltern 3 ff, 23 ff, 32	Sorgerechtsänderung gem §§ 1696 iVm 1671, 1672 24 f, 30, 32
Getrennt lebende Eltern 3 ff, 13, 16, 21, 23 ff, 32	Sorgerechtseignung 8, 12 ff, 19, 26 f
Haager MSA 34	Sorgerechtsentzug 1 f, 5 ff, 9, 11, 15 f, 25, 29
Individualisierungsgebot 6 f, 13	– Aufhebung 16
IPR 34	– Teilentzug 1, 6, 20, 25
	Stiefelternteil 27
Jugendamt 33	Tatsächliche Verhinderung 1, 8
Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 28	Tod eines Elternteils 1
Kindeswille 27	Verfahren 7, 16, 33
Kindeswohl 1, 4, 6 ff, 20, 22 f, 25 ff, 32	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 14, 16, 20
Kindeswohlgefährdung 3, 9 ff, 16, 27 f, 34	Vermögenspfleger 18, 20 ff
– hins Vermögen 17, 19, 21	Vermögenssicherung gem § 1667 14 f, 19 ff
Konkurs eines Elternteils 2 f, 7, 17 ff	Vermögenssorge 1 ff, 6, 14 f, 17 ff, 25
Legitimation 5	– Teilentzug 20, 25
Nichteheliches Kind 5	Vorläufige Anordnung 18, 24
	Vormund 1, 15, 31
Öffentliche Hilfen 14, 28	Zuständigkeit
Pfleger 1, 15, 18, 20 ff, 25, 31	– internationale 34
Pflichtwidrigkeit 11	– örtliche 33
	– sachliche 3, 25, 29 f, 32

I. Allgemeines

1. Normbedeutung, Überblick

1

§ 1680 befaßt sich mit der **sorgerechtlichen Stellung des anderen Elternteils, nachdem einem Elternteil das Sorgerecht ganz oder teilweise entzogen worden ist** (entsprechende Regelungen bei anderen Ausfallgründen §§ 1678 [rechtliche oder tatsächliche Verhinderung], 1681 [Tod oder Todeserklärung]). Bei beiderseitigem Entzug oder bei Fehlen eines anderen (sorgerechtsfähigen) Elternteils ist nach allgemeinen Grundsätzen Vormundschaft oder Pflegschaft anzuordnen (§§ 1673, 1909; vgl § 1678 Rz 1; Vorbem 5 zu §§ 1673 ff). Das gleiche gilt, wenn das Kindeswohl einem Übergang oder einer Übertragung des Sorgerechts auf den anderen Elternteil entgegensteht, Abs 2 S 2 (s Rz 9). Werden beiden Elternteilen verschiedene Teilbereiche des Sorgerechts entzogen (zB einem die Vermögenssorge, dem anderen die Personensorge oder einzelne Befugnisse daraus), ergibt sich die Rechtsfolge allerdings aus Abs 1 S 1 (s noch Rz 6, 29).

Als **Entzugsgründe** für die Personensorge eines Elternteils kommen §§ 1666 Abs 1, 1666 a in Betracht, für die Vermögenssorge §§ 1640 Abs 4, 1666 Abs 3, 1667 Abs 5, 1683 Abs 4. Dem Entzug gleichgestellt wird das Ende der Vermögenssorge bei Konkurs eines Elternteils nach § 1670 Abs 1. Ein Entzug der „gesamten elterlichen Sorge“ (Abs 1 S 1, Abs 2 S 1) ist nur als Kombination des Entzugs von Personen- wie Vermögenssorge nach den vorerwähnten Tatbeständen möglich. § 1680 **ergänzt** diese Regelungen hinsichtlich der Folgewirkungen für den anderen Elternteil.

- 3 Entsprechend der gemeinsamen Grundkonzeption der §§ 1678, 1680, 1681 wird danach unterschieden, ob im Moment des Sorgerechtsverlustes bei einem Elternteil auch der andere Teil sorgeberechtigt war, oder ob der vom Entzug oder Konkurs betroffene Elternteil alleiniger Inhaber des Sorgerechts nach einer Sorgerechtsübertragung bei Trennung oder Scheidung war (vgl § 1678 Rz 3). Im Hinblick darauf, daß dem in § 1680 vorausgesetzten Sorgerechtsverlust eines Elternteils stets eine (konkrete oder generell unterstellte) Kindeswohlgefährdung zugrundeliegt, modifiziert § 1680 Abs 1 bei bislang gemeinsamem Sorgerecht der Eltern den (in §§ 1678 Abs 1, 1681 Abs 1 S 1 vorbehaltlos angeordneten) gesetzlichen Erwerb des Alleinsorgerechts durch den anderen Teil. Das VormG kann, wenn der Schutz der Kindesinteressen dies erfordert, den Erwerb korrigieren bzw verhindern (Abs 1 S 2; s Rz 9 ff); im Konkursfall bedarf es sogar erst einer konstitutiven Übertragung der Vermögenssorge auf den anderen Teil (Abs 1 S 3, 4; s Rz 17 ff).

4 2. Normgeschichte

Die Vorschrift ist durch das GleichberG (Art 1 Nr 22) neu eingeführt worden, sie trug der sorgerechtlichen Gleichstellung der Eltern Rechnung. Das Regelungsproblem wurde zunächst durch Verweisung auf § 1679 aF (betr die Folgen der Verwirkung) erledigt; mit dem Wegfall des Rechtsinstituts der Sorgerechts-Verwirkung im Rahmen der Sorgerechtsreform 1979 bedurfte es eines Ausbaus des § 1680 zu einer eigenständigen Norm (Art 1 Nr 26 SorgeRG). Die neue, jetzt gültige Fassung brachte gegenüber dem bisherigen Rechtszustand Änderungen und Klärungen (zT in Gleichschaltung der §§ 1678, 1680, 1681), dh (1) den *gesetzlichen* Erwerb des Alleinsorgerechts durch den nicht betroffenen Elternteil bei bislang gemeinsamem Sorgerecht (Abs 1); (2) die Ersetzung des automatischen Sorgerechtserwerbs durch konstitutive richterliche Übertragung, wenn der betroffene Elternteil nach Trennung oder Scheidung alleinsorgeberechtigt war (Abs 2); (3) die gesetzliche Suspendierung der Vermögenssorge auch des anderen Teils bei Konkurs des Gatten bis zur richterlichen Entscheidung (Abs 1 S 4); (4) gleichzeitig den Rechtsanspruch des anderen Elternteils auf die Vermögenssorge vorbehaltlich entgegenstehenden Kindeswohls (Abs 1 S 3; vgl Vorauff Rz 5).

II. Gemeinsame Sorgeberechtigung beider Eltern, Abs 1

5 1. Gemeinsame Sorgeberechtigung

Abs 1 setzt nicht eine intakte Ehe voraus (mißverständlich ERMAN-MICHALSKI Rz 1, 3; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4, 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3). Entscheidend ist, daß die Eltern bislang die elterliche Sorge oder jedenfalls den einem von ihnen entzogenen Sorgerechtsteil **gemeinsam innehatten**. Dies kann auch nach Auflösung der Ehe oder nach faktischer Trennung der Fall sein (Einzelheiten § 1678 Rz 8). Es genügt auch das nachträgliche Einrücken des Vaters in die Sorgeberechtigung auf Grund legitimierender Heirat mit der Kindesmutter (§§ 1719, 1626 ff), selbst wenn dieser das Sorgerecht schon zuvor entzogen worden ist (BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1181; DAVorm 1984, 1048, 1052).

2. Entzug des Sorgerechts bei einem Elternteil, Abs 1 S 1, 2

6 a) Gegenstand des Entzugs

Der Entzug des Sorgerechts muß auf einem der vorerwähnten Tatbestände beruhen (Rz 2) und sich auf die Personensorge, die Vermögenssorge oder beides (und damit

praktisch die gesamte elterliche Sorge) beziehen. Nach hM genügt auch der Entzug von **Teilbefugnissen** innerhalb der Personen- oder Vermögenssorge, zB des Aufenthaltsbestimmungsrechts (GERNHUBER § 49 VIII 14 mit Fn 48; SCHWAB, Familienrecht Rz 489; ERMAN-MICHALSKI Rz 2; MünchKomm-Hinz Rz 6; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; wohl auch BT-Drucks 8/2788, 65; zum früheren Recht OLG Hamm NJW 1960, 2239; BayObLG NJW 1962, 2204; aA PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 2; zur entsprechenden Fragestellung bei Abs 2 s Rz 25). Da vor dem Entzug beide Eltern das Sorgerecht gemeinsam innehatten, ist die jetzige Alleinsorge des anderen Elternteils für den entzogenen Teilbereich eine Selbstverständlichkeit und verfassungsrechtliches Gebot (Art 6 Abs 2 S 1 GG); Bedenken vom Kindeswohl her kann im Einzelfall gem Abs 1 S 2 Rechnung getragen werden. **Entscheidungskonflikte** zwischen den Eltern sind auch dann entspr § 1628 zu lösen, wenn die Streitfrage Sorgebereiche berührt, die teils dem einen, teils dem anderen Elternteil zustehen oder für die teils beide Eltern gemeinsam, teils ein Elternteil allein zuständig ist (vgl § 1673 Rz 28 mwN; s auch unten Rz 29).

b) Grundsätzliche Alleinsorge des anderen Teils, Abs 1 S 1

7

Nach Abs 1 S 1 führt der Sorgerechtsentzug bei einem Elternteil **kraft Gesetzes zur Alleinsorge des anderen Teils**, dh zum Wegfall seiner bisherigen Ausübungsbindung gem §§ 1627–1629. Allerdings verpflichtet das Gesetz den Vormundschaftsrichter zur Prüfung, ob aus Gründen des Kindeswohls im Einzelfall eine abweichende Entscheidung notwendig ist (Abs 1 S 2). Zur Vermeidung einer möglicherweise Kindesgefährdenden Zwischenphase bis zur abweichenden Entscheidung ist die **Prüfung nach Abs 1 S 2** deshalb schon **zusammen mit dem Entzug** gem §§ 1640 Abs 4, 1666 ff beim hauptbetroffenen Elternteil vorzunehmen – die gesetzliche Rechtsfolge des Abs 1 S 1 beruht demnach praktisch auf vorangegangener vormundschaftsgerichtlicher Unbedenklichkeitsprüfung (BT-Drucks 8/2788, 65 [„... bei einem Eingriff ... zu prüfen ...“]; MünchKomm-Hinz Rz 7; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 9; vgl § 1666 Rz 145). Beide Verfahren sind miteinander zu verbinden – dies gibt dem VormG Gelegenheit, die nach § 1666 ins Auge gefaßten Maßnahmen auch unter dem Gesichtspunkt ihrer Folgewirkungen gem § 1680 zu sehen und ggf anzupassen (BayObLG NJW 1962, 2204). Die Entzugsentscheidung nach §§ 1666 ff ist zweckmäßigerweise durch klarstellenden Ausspruch zu ergänzen, daß fortan der andere Elternteil das Sorgerecht allein ausübt (s § 1666 Rz 145).

Die gesetzliche Rechtsfolge des Abs 1 S 1 ist von dieser pflichtgemäßen Vorprüfung allerdings nicht abhängig, sie tritt mit dem Wirksamwerden des Entzugs bei einem Elternteil auch ein, wenn Erwägungen nach Abs 1 S 2 nicht angestellt wurden oder werden konnten (zB wegen erst nachträglichen Erwerbs des Sorgerechts durch den anderen Elternteil, vgl Rz 5). Die in Abs 1 S 4 angeordnete Schwebezeit bis zur vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung gilt nur für den Konkursfall gem Abs 1 S 3.

Implizite Voraussetzung des Abs 1 S 1 ist allerdings die **grundsätzliche Sorgerechtsfähigkeit** des anderen Elternteils. Auch ohne Beschluß nach Abs 1 S 2 tritt die **Rechtsfolge des Abs 1 nicht ein**, wenn der andere Elternteil tatsächlich oder rechtlich verhindert oder durch gerichtliche Entscheidung entrechtet worden ist (näher § 1678 Rz 10). Derartige Gesichtspunkte sind also nicht erst im Rahmen der Kindeswohlprüfung nach Abs 1 S 2 beachtlich.

c) Abweichende Entscheidung aus Gründen des Kindeswohls, Abs 1 S 2

9 aa) Eingriffsvoraussetzungen

Der Entzug des Sorgerechts bei einem Elternteil beseitigt dessen Rechtsmacht hinsichtlich des Kindes, nicht aber notwendig auch seine **gefährdenden Einflüsse auf das Kind und den anderen Elternteil**. Die Abwehr dieser Einflüsse zum Schutz des Kindes fällt – bei Alleinsorge des anderen Teils gem Abs 1 S 1 – nunmehr in dessen alleinige und vorrangige Verantwortung, der entrechtete Gatte steht insoweit einem gefährdenden Dritten iS § 1666 Abs 1 S 1 gleich (§ 1666 Rz 142). Mit Abs 1 S 2 will das Gesetz der nicht ganz fernliegenden Möglichkeit Rechnung tragen, daß der andere Elternteil auf Grund seiner persönlichen Beziehungen zum gefährdenden Elternteil dieser Schutzfunktion nicht in gebotenem Maße genügt oder genügen kann. Um die Effektivität der gerichtlichen Maßnahmen zur Abwehr der schon eingetretenen Kindeswohlgefährdung zu sichern, können sich deshalb (gleichzeitig mit dem Entzug, Rz 7) auch Sorgerechtseingriffe beim anderen Elternteil als notwendig erweisen (vgl. BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1181).

10 Unklar ist die **Eingriffsgrenze gem Abs 1 S 2**. Der gesetzliche Wortlaut („erfordert“) deutet auf eine **Vorverlagerung** staatlichen Kindesschutzes gegenüber der allgemeinen Gefährdungsgrenze der §§ 1666 ff hin. Demgemäß entspricht es herrschender Auffassung, daß es für eine abweichende Entscheidung zwar noch nicht genüge, daß diese zweckmäßiger, dem Kindeswohl dienlicher sei; andererseits müßten *in der Person des anderen Elternteils* nicht die Voraussetzungen der §§ 1666 ff vorliegen (BT-Drucks 8/2788, 65; BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1181; KG NJW 1965, 871; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 7). Im Hinblick auf die absehbar fortdauernde Gefährdung durch den hauptbetroffenen Elternteil und die persönliche Verbundenheit der Eltern müsse sich auch der andere Elternteil eine Einschränkung seines Sorgerechts schon dann gefallen lassen, wenn das Kindeswohl dies erfordere (vgl KG aaO 872; BayObLG FamRZ 1974, 318, 320; GERNHUBER § 49 VIII 14). Auch unter verfassungsrechtlichem Aspekt sei diese Regelung nicht zu beanstanden (KG aaO; BayObLG FamRZ 1974, 318, 320 [jeweils zu §§ 1680, 1679 aF]).

11 Diese Auffassung ist **im Ergebnis richtig**, aber in der Begründung ungenau: **Abs 1 S 2 enthält keine Ausnahme von der allgemeinen Eingriffsgrenze der §§ 1666 ff**. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß eine **konkrete Kindesgefährdung** durch einen Elternteil *schon vorliegt* und in ihren Auswirkungen durch bloßen Sorgerechtsentzug bei diesem Elternteil nicht gebannt werden kann (deutlich BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1180 f) – sie besteht also fort. Des weiteren gehört es zur persönlichen Sorgeverantwortung jedes Elternteils, das Kind vor Gefährdungen durch andere Personen zu schützen. Dies gilt auch für Gefährdungen durch einen Elternteil – duldet der andere dessen Verhalten (zB Kindesmißhandlungen), so liegt in seiner Person ein *Versagen* vor, das nach allgemeinen Grundsätzen des § 1666 Abs 1 S 1 zu Sorgerechtseingriffen auch bei ihm Anlaß gibt (vgl BayObLG FamRZ 1984, 932 f; OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1258, 1259; LG Bamberg DAVorm 1984, 196, 198; § 1666 Rz 8, 74). Die Besonderheit bei § 1680 Abs 1 S 2 liegt allenfalls darin, daß für die (stets notwendige) Prognose künftigen Versagens das bisherige Verhalten des anderen Elternteils nicht unbedingt Indiz sein muß.

Mit dieser systematischen Einstufung von Abs 1 S 2 hat die hM nur deshalb Probleme, weil sie für § 1666 am überflüssigen (hier sogar hinderlichen) Merkmal „elterlicher Pflichtwidrigkeit“ festhält (so deutlich bei MünchKomm-FamRZ Rz 9; zur Pflichtwidrigkeit bei § 1666 s dort Rz 17 ff; zum hier vertretenen Verständnis des § 1680 Abs 1 S 2 s § 1666 Rz 50; HARMS, Die Funktion des elterlichen Fehlverhal-

tens als Voraussetzung für Eingriffe in das Personensorgerecht [Diss Freiburg 1988] 164).

Aus diesem Normverständnis folgt, daß Abs 1 S 2 **beschränkt ist auf die „Ausstrahlungswirkungen“ der Kindesgefährdung** durch den hauptbetroffenen Elternteil, es handelt sich um eine **Sonderausprägung der Versagensalternative des § 1666 Abs 1 S 1**. Damit nicht zusammenhängende Eignungsmängel in der Person des anderen Elternteils können nur nach den allgemeinen Kriterien des § 1666 Beachtung finden (so zutr KG NJW 1965, 871, 872; GERNHUBER § 49 VIII 14; MünchKomm-HINZ Rz 9; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3; undeutlich LG Bamberg DAVorm 1984, 196, 198; eine ältere Gegenauffassung [DÖLLE § 96 Fn 23; DONAU in VoraufI § 1679 Rz 11] dürfte überholt sein). Sachlich folgt daraus jedoch, im Gegensatz zur hM, kein wesentlicher Unterschied (auch ohne Abs 1 S 2 wäre die Rechtslage im wesentlichen die gleiche, vgl § 1678 Rz 10).

Ob das **Kindeswohl im Einzelfall** einen Eingriff gem Abs 1 S 2 in das Sorgerecht **13** auch des anderen Elternteils erfordert, hängt demnach von der Frage ab, ob bei dessen Alleinsorge fortdauernde gefährdende Einflüsse durch den entrechteten Elternteil zu besorgen wären, die abzuwehren der Alleinsorgeberechtigte nicht willens oder in der Lage ist (BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1180f). Leben die Eltern getrennt, wird diese Gefahr wesentlich geringer sein (GERNHUBER § 49 VIII 14; BELCHAUS Rz 4; MünchKomm-HINZ Rz 9).

bb) Entscheidungsinhalt und -folgen

14

Erweist sich eine Beschränkung des Sorgerechts auch des anderen Elternteils als notwendig, so muß diese nicht deckungsgleich mit dem Entzug beim hauptbetroffenen Elternteil sein. Entsprechend dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** (§ 1666 a analog) sind vorrangig öffentliche Hilfen zu gewähren und im übrigen die mildesten Eingriffe zu wählen, die geeignet sind, der Gefährdungsausstrahlung durch den Gatten vorzubeugen (OLG Hamm FamRZ 1967, 416, 417; GERNHUBER § 49 VIII 14; MünchKomm-HINZ Rz 10; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 8). Auf dem Gebiet der Vermögenssorge kommen insoweit auch Maßnahmen nach **§ 1667 Abs 1–4** in Betracht, im gesamten Sorgebereich kann eine **Aufsichtspflegschaft** genügen (so offenbar KG NJW 1965, 871, 872; zur Aufsichtspflegschaft s § 1666 Rz 138; § 1671 Rz 194).

Soweit gem Abs 1 S 2 auch in das Sorgerecht des anderen Elternteils eingegriffen **15** werden muß, ist für die Sorgeteile, die *beiden* Eltern entzogen sind, nach allgemeinen Grundsätzen ein **Pfleger oder Vormund** zu bestellen (§§ 1909, 1773; einer entsprechenden Anwendung des [überflüssigen] Abs 2 S 2 bedarf es nicht, anders MünchKomm-HINZ Rz 10; vgl Vorbem 5 zu § 1673 ff). Ist der Entzug bei einem Elternteil weitergehend als die Sorgerechtsbeschränkung gem Abs 1 S 2 beim anderen Elternteil, kommt es zu einer Kombination von Abs 1 S 1 und S 2.

Durch Beschränkungen nach § 1667 Abs 1–4 kann weitergehend sogar die Allein-sorge des anderen Elternteils nach Abs 1 S 1 ermöglicht werden.

cc) Änderungen; Wegfall der Eingriffsvoraussetzungen

16

Maßnahmen nach Abs 1 S 2 können **auch noch später** getroffen werden, wenn sich – entgegen der ursprünglichen Erwartung des VormG – doch zeigt, daß der gefährdende Elternteil weiterhin auf das Kind (uU mittelbar über den Alleinsorgeberechtigten) einzuwirken vermag.

Umgekehrt sind Beschränkungen nach Abs 1 S 2 entspr § 1696 Abs 2 (als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips) sofort **vAw aufzuheben oder zu ändern**,

wenn gefährdende Einflüsse durch den hauptbetroffenen Elternteil nicht mehr zu befürchten sind (etwa wegen Trennung der Eltern; GERNHUBER § 47 VIII 14; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 9; SOERGEL-STRÄTZ Rz 6). Das gleiche gilt, wenn der Sorgerechtsentzug beim hauptbetroffenen Elternteil aufgehoben wird; der Wegfall der Gefahrenquelle muß zur Aufhebung auch der Beschränkungen nach Abs 1 S 2 führen (auch hier sind beide Verfahren miteinander zu verbinden, vgl Rz 7). Bei Alleinsorge des anderen Teils gem Abs 1 S 1 wird dieser bei gutem Glauben entspr § 1698 a geschützt.

3. Ende der Vermögenssorge bei Konkurs, Abs 1 S 3, 4

17 a) Gesetzliche Konzeption

Nach § 1670 Abs 1 *endet* die Vermögenssorge eines Elternteils ipso iure, wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird oder er selbst den Eröffnungsantrag stellt. Nach § 1680 Abs 1 S 4 *lähmt* der Verlust der Vermögenssorge durch den Gemeinschuldner ohne weiteres zunächst auch die Vermögenssorge des anderen Elternteils, allerdings hat das VormG gem Abs 1 S 3 *konstitutiv* anzuordnen, daß dem anderen Elternteil die Vermögenssorge allein zusteht, wenn die Kindesinteressen dem nicht widersprechen.

Im Vergleich zu Abs 1 S 1, 2 ist die Grundsituation damit gewissermaßen umgekehrt (GERNHUBER § 49 VIII 14): Statt gesetzlicher Regelzuweisung an den anderen Elternteil mit dem Vorbehalt richterlichen Eingriffs hier gesetzliche Entrechtung als Regelfall vorbehaltlich richterlicher Zuweisung bei Unbedenklichkeit. Der Gesetzgeber ging davon aus, daß die (gem § 1670 Abs 1 unwiderleglich vermutete) Gefährdung des Kindesvermögens durch den Konkurselternteil (§ 1670 Rz 1) regelmäßig auch noch fortbesteht bei alleiniger Vermögenssorge des anderen Elternteils (BT-Drucks 8/2788, 65). Ob diese Erwartung (im Vergleich zu Abs 1 S 1, 2) begründet ist, kann dahinstehen; jedenfalls rechtfertigt sich der vorsichtiger Schutzansatz des Abs 1 S 3, 4 daraus, daß wegen der *gesetzlichen* Beendigung der Vermögenssorge beim Konkurselternteil gem § 1670 Abs 1 eine der Alleinsorge des anderen Elternteils vorgeschaltete richterliche Kontrolle wie in Entzugsfällen (oben Rz 7) nicht möglich ist.

Kindesschutz und Elternrecht gelangen nach zunächst rigoroser Intervention des Gesetzes wieder in ein ausgewogenes Verhältnis dadurch, daß dem anderen Elternteil ein **Rechtsanspruch** auf Zuweisung der alleinigen Vermögenssorge gem Abs 1 S 3 zusteht, sofern nicht die Vermögensinteressen des Kindes einen Eingriff auch in seine Vermögenssorge konkret rechtfertigen (s Rz 19; BT-Drucks 8/2788, 65 f; MünchKomm-HINZ Rz 11). Insoweit ist die Rechtsstellung des anderen Elternteils der in §§ 1678 Abs 2, 1680 Abs 2, 1681 Abs 1 S 2 vergleichbar.

18 b) Rechtsstellung des anderen Elternteils

Vor der Entscheidung des VormG gem Abs 1 S 3 „kann der andere Elternteil die Vermögenssorge nicht ausüben“ (Abs 1 S 4), dh er behält die Vermögenssorge zwar der Substanz nach, ist aber an ihrer Ausübung **rechtlich verhindert** (wie bei Ruhen der elterlichen Sorge, § 1675; vgl GERNHUBER § 49 VIII 14: „Suspensiveffekt“).

Die Zeit *bis zur Entscheidung* kann erforderlichenfalls mit **vorläufiger Anordnung** bezüglich der Ausübung der Vermögenssorge überbrückt werden (BGB-RGRK-ADELMANN Rz 12; SOERGEL-STRÄTZ Rz 7).

Im Falle einer **Zuweisung der alleinigen Vermögenssorge** gem Abs 1 S 3 endet ex nunc ihre Suspendierung beim anderen Elternteil, gleichzeitig wird er von der Ausübungsbindung der §§ 1627–1629 befreit (zu Abs 2 s unten Rz 29).

Entscheidet das VormG gegen den anderen Elternteil und bestellt es einen **Vermögenspfleger** für das Kind, so *verliert* der andere Elternteil das bis dahin nur suspendierte Vermögenssorgerecht.

c) Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gem Abs 1 S 3

19

Das VormG hat zu prüfen, ob der regelmäßig gebotenen Übertragung der Vermögenssorge auf den anderen Elternteil im Einzelfall die Kindesinteressen entgegenstehen. Der Sache nach gilt das gleiche wie bei der Entscheidung nach Abs 1 S 2 (oben Rz 9, 13). Maßgebend ist

- (1) die hinsichtlich des Gemeinschuldners generell vermutete (Rz 17), hinsichtlich des anderen Elternteils jedoch konkret festzustellende **Gefährdung des Kindesvermögens** durch Übergriffe des Gemeinschuldners sowie
- (2) die Prognose, daß der **andere Elternteil** als alleiniger Inhaber der Vermögenssorge diese Übergriffe **nicht verhindern will oder kann**.

Ausschließliches Thema des Abs 1 S 3 ist (voraussichtliches) elterliches Versagen bei der Abwehr der vom Gemeinschuldner drohenden Vermögensgefährdung, auf seine Mitschuld an den bisherigen Vermögensschwierigkeiten kommt es nicht an (vgl OLG Frankfurt FamRZ 1969, 429 zu §§ 1680, 1679 aF). Andere Eignungsmängel in der Person des anderen Elternteils sind nur im Rahmen des § 1667 zu berücksichtigen.

Beschränkungen der Vermögenssorge des anderen Elternteils unterstehen dem **20** Prinzip der **Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit**. Genügen Sicherungsmaßnahmen nach § 1667 Abs 1–4, sind diese gleichzeitig mit der alleinigen Vermögenssorge des anderen Elternteils anzuordnen (MünchKomm-Hinz Rz 11; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 12). Bezieht sich die Übergriffsgefahr nur auf **einzelne Vermögensgegenstände**, so ist auch eine Pflegschaftsanordnung entsprechend zu begrenzen (MünchKomm-Hinz Rz 11), im übrigen die alleinige Vermögenssorge des anderen Elternteils anzuordnen. Auch sonst ist Teilentzug der Vermögenssorge dem Vollentzug beim anderen Elternteil vorzuziehen. Soweit dem anderen Elternteil die alleinige Vermögenssorge nicht zugewiesen werden kann, ist für das Kind ein **Vermögenspfleger** (§ 1909 Abs 1) zu bestellen.

d) Spätere Änderungen

21

Hat das VormG dem anderen Elternteil die alleinige Vermögenssorge zugewiesen, stellt sich dann aber eine **Gefährdung der Vermögensinteressen** des Kindes heraus, so ist nach §§ **1696 Abs 1, 1667** vorzugehen (§ 1680 Abs 1 S 3 bietet keine Eingriffsmöglichkeit).

War zunächst ein Pfleger bestellt worden, fällt aber (bei Fortdauer des Konkurses) die **Gefahr** von Vermögensübergriffen des Gemeinschuldners **weg** (etwa wegen Trennung der Eltern, vgl MünchKomm-Hinz Rz 11; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 11), so ist gem §§ **1696 Abs 2, 1919** die **Pflegschaft aufzuheben** und entspr § 1680 Abs 1 S 3 die **Vermögenssorge dem anderen Elternteil zu übertragen**.

Die **Beendigung des Konkursverfahrens** oder **Zurückweisung des Eröffnungsantrags** **22** führt nicht kraft Gesetzes zum Wiederaufleben der Vermögenssorge des betroffenen Elternteils, seine Vermögensschwierigkeiten können fortbestehen. Deshalb ermöglicht § 1670 Abs 2 nur die konstitutive richterliche Rückübertragung nach vorangegangener Kindeswohlprüfung (s § 1670 Rz 10). Demgemäß bleibt bis zu

dieser Entscheidung auch die sorgerechtliche Situation bestehen, die durch Beschluß nach § 1680 Abs 1 S 3 geschaffen worden war (einschl einer Pflegerbestellung).

Erfolgt die Rückübertragung nach § 1670 Abs 2, so lebt – bei bislang alleiniger Vermögenssorge des anderen Teils – dessen Ausübungsbindung gem §§ 1627–1629 automatisch wieder auf. War gem §§ 1680 Abs 1 S 3, 1909 Abs 1 ein Pfleger bestellt worden, so ist **mit dem Beschluß nach § 1670 Abs 2 die Pflegerschaft aufzuheben**, mit der Wiedererlangung der Vermögenssorge durch den konkursbetroffenen Elternteil erwirbt auch der andere Elternteil die Vermögenssorge ipso iure zurück (§ 1670 Rz 11).

Das gleiche gilt, wenn die Rückübertragung mit sichernden Maßnahmen nach § 1667 Abs 1–4 verbunden wird (vgl § 1670 Rz 10); in sie ist ggf auch der andere Elternteil einzubeziehen.

III. Sorgerechtsentzug oder Ende der Vermögenssorge beim alleinsorgeberechtigten Elternteil, Abs 2

23 1. Gesetzliche Konzeption

Die gesetzliche Konzeption bei Ausfall eines nach Trennung oder Scheidung alleinsorgeberechtigten Elternteils ist in §§ 1678 Abs 2, 1680 Abs 2 und 1681 Abs 1 S 2 die gleiche, nur der Ausfallgrund ist jeweils ein anderer. Demgemäß gilt auch hier: **Kein automatischer Rechtsübergang** auf den anderen, bisher nicht sorgeberechtigten Elternteil, sondern nur Möglichkeit der **konstitutiven Übertragung durch Richterakt** vAw nach vorheriger Kindeswohlprüfung; jedoch **Übertragungsanspruch** des anderen Elternteils, soweit nicht die Kindesinteressen im Einzelfall dem entgegenstehen (s § 1678 Rz 12, 18; § 1681 Rz 8; vgl BT-Drucks 8/2788, 66; Münch-Komm-HINZ Rz 14; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 14).

2. Tatbestandliche Voraussetzungen

24 a) Alleiniges Sorgerecht des betroffenen Elternteils

Die bisherige Alleinsorgeberechtigung des betroffenen Elternteils muß nicht auf einer Entscheidung gem §§ 1671, 1672 beruhen, als Grundlage genügen auch **einstweilige oder vorläufige Anordnungen, Änderungsentscheidungen** nach §§ 1696, 1671, 1672 sowie alle sonstigen Fälle, in denen ein nichtsorgeberechtigter, aber sorgerechtsfähiger anderer Elternteil zur Sorgeübernahme latent bereitsteht (Einzeln § 1678 Rz 13, 14).

25 b) Sorgerechtsentzug oder Ende der Vermögenssorge gem § 1670 Abs 1

Die Entzugs- oder Beendigungstatbestände sind dieselben wie bei Abs 1 (Rz 2). Fraglich ist jedoch, ob auch bei Entzug nur von **Teilbefugnissen** der Personen- oder Vermögenssorge deren Übertragung auf den anderen Elternteil in Betracht kommt (**bejahend** BayObLG FamRZ 1985, 635, 636 f [Aufenthaltsbestimmungsrecht, schulisches Vertretungsrecht]; BayObLGZ 1979, 300 ff; KG FamRZ 1971, 267, 269 [beide zu §§ 1680, 1679 aF, betr das Aufenthaltsbestimmungsrecht]; MünchKomm-HINZ Rz 13, 14; SOERGEL-STRÄTZ Rz 9 [zurückhaltend]; **ablehnend** LG Berlin FamRZ 1985, 965; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 14; SCHLÜTER-KÖNIG FamRZ 1982, 1159, 1162; zur Fragestellung im Rahmen von Abs 1

s Rz 6). Dies würde zur sachlichen Aufspaltung des Sorgerechts zwischen geschiedenen oder getrennten Eltern führen, die über das in § 1671 Abs 4 S 2 zugelassene Ausmaß hinausgehen und die dort als tendenziell kindeswohlwidrig abgelehnt wurden (§ 1671 Rz 47). Demgemäß wurde auch zu § 1678 Abs 2 die Auffassung vertreten, daß partielles Ruhen für eine Übertragung nach dieser Vorschrift nicht ausreicht, der richtige Lösungsweg vielmehr in §§ 1696, 1671, 1672 zu suchen sei (§ 1678 Rz 20). In Entzugsfällen des § 1680 Abs 2 liegt eine Sorgerechtsänderung sogar in besonderem Maße nahe, so daß im Prinzip hier das gleiche gelten müßte.

Dennoch ergibt sich hier eine andere Beurteilung im Hinblick auf die Zuständigkeitsregelung in § 1680 Abs 2: Anders als bei § 1678 Abs 2 ist für die Übertragung nach § 1680 Abs 2 das VormG, für eine Sorgerechtsänderung des FamG zuständig. Damit enthält § 1680 Abs 2 eine gesetzliche Ausnahme von der grundsätzlichen Kompetenzabgrenzung zwischen FamG und VormG, wie sie von der hM für die naheheliche Familie vertreten wird (§ 1666 Rz 40–43; s noch unten Rz 32). Diese Zuständigkeitsregelung in § 1680 Abs 2 ermöglicht es immerhin dem VormG, den Entzug beim alleinsorgeberechtigten Elternteil mit der Prüfung nach Abs 2 sowie ggf der Übertragung oder Pflegerbestellung zu verbinden, es entsteht keine „Sorgerechtslücke“. Der Dualismus von familiengerichtlicher und vormundschaftsgerichtlicher Zuständigkeit für die Familie nach Scheidung ist eine systemimmanente Schwäche des geltenden Rechts, sie muß im Interesse angemessenen Kindesschutzes hingenommen werden. Im **Ergebnis** kann das VormG nach Abs 2 also auch Teilbereiche des Sorgerechts dem anderen Elternteil übertragen – der Sache nach wird sich eine solche Übertragung aber regelmäßig nur als *Zwischenlösung* bei der familiengerichtlichen Sorgerechtsänderung darstellen (Rz 32).

c) Kindeswohlprüfung

26

Voraussetzung der Prüfung, ob das konkrete Kindeswohl der regelmäßig gebotenen Übertragung widerspricht, ist die **grundsätzliche Sorgerechtsfähigkeit** des anderen Elternteils, dh er darf nicht seinerseits entrechtet oder verhindert sein (Einzeln § 1678 Rz 25).

Als der Übertragung entgegenstehende **Kindeswohl-Gesichtspunkte** kommen auch **27** hier (vgl § 1678 Rz 26; § 1681 Rz 11) vor allem *Eignungsmängel* des anderen Elternteils in Betracht (wozu auch nachhaltiges Desinteresse gehört, vgl BT-Drucks 8/2788, 66) oder eine erhaltungsbedürftige *psychosoziale Bindung des Kindes an Dritte*, zB einen Stiefelternteil. Im zweiten Fall ist allerdings – analog Abs 1 S 2, 3 – zu prüfen, ob nicht wegen der persönlichen Verbundenheit des Stiefelternteils mit dem vom Entzug betroffenen Elternteil eine Fortdauer der von diesem Elternteil ausgehenden Gefährdungswirkungen zu besorgen ist. Zwischen den Eltern selbst wird diese Gefahr angesichts ihrer Trennung regelmäßig nicht bestehen (MünchKomm-Hinz Rz 14).

Auch alle anderen allgemein anerkannten Kindeswohlkriterien (einschl des Kindeswillens) sind daneben zu beachten (vgl § 1671 Rz 70 ff, 115 ff).

Die **Eingriffsgrenze**, von der an wegen entgegenstehender Kindesinteressen die **28** Übertragung abgelehnt werden kann, ist gegenüber dem allgemeinen Kindesschutzrecht (§§ 1666 ff) **vorverlagert**, eine Kindeswohlgefährdung beim anderen Elternteil braucht nicht zu bestehen (näher § 1678 Rz 26). Zur jugendhilferechtlichen Bemühungspflicht gem § 37 Abs 1 KJHG bei Nichtübertragung auf den anderen Elternteil s § 1678 Rz 27.

29 3. Die richterliche Entscheidung und ihre Wirkungen

Die **Übertragung des Sorgerechts** nach Abs 2 wirkt wie eine **Sorgerechtsänderung**, auch wenn sie dem Entzug beim bisher Sorgeberechtigten nachfolgt (vgl Münch-Komm-HINZ Rz 15; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 15). Bei Übertragung nur der Personen- oder Vermögenssorge ist es Sache des FamG, im Rahmen von § 1696 Abs 1 zu überprüfen, ob diese Teilung des elterlichen Sorgerechts im Lichte des § 1671 Abs 4 S 2 Bestand haben kann (vgl § 1671 Rz 42 ff) oder ob dem anderen Elternteil auch das übrige Sorgerecht zuzuweisen ist. Entscheidungskonflikte bei geteilter Sorgerechtszuständigkeit sind nicht entspr § 1630 Abs 2, sondern entspr § 1628 zu lösen (s Rz 6).

30 Fallen die Entzugsgründe beim entrechteten Elternteil **später weg**, rückt dieser weder automatisch in seine frühere Rechtsstellung wieder ein noch ist die Übertragung auf den anderen Teil ohne weiteres aufzuheben (unklar SOERGEL-STRÄTZ Rz 12). Eine Rückübertragung kommt allenfalls nach den allgemeinen Grundsätzen für Änderungsentscheidungen (§ 1696 Abs 1, FamG) in Betracht (vgl § 1678 Rz 29; § 1681 Rz 25).

31 Lehnt das VormG eine Übertragung der entzogenen Sorgerechtsbefugnisse auf den anderen Elternteil gem Abs 2 S 1 ab, so ist dem Kind insoweit ein **Vormund oder Pfleger** zu bestellen (Abs 2 S 2, vgl oben Rz 15; Vorbem 5 zu §§ 1673 ff; § 1678 Rz 26).

32 IV. Verhältnis zu § 1696

Famliengerichtliche Änderungsentscheidungen gem § 1696 Abs 1 bleiben neben § 1680 nicht nur uneingeschränkt möglich, sondern sind sogar vorrangig (vgl MünchKomm-HINZ Rz 15; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5, 15): Sie beruhen auf einer Gesamtwürdigung der Familiensituation und einer umfassenden Abwägung der elterlichen Betreuungsalternativen; sie können die Sorgerechtsverhältnisse grundlegend neu ordnen. Die Übertragungsentscheidung gem § 1680 Abs 2 (auch nach Abs 1 S 3, wenn den Eltern nach Scheidung das Sorgerecht gemeinsam belassen worden ist) oder der Übergang nach Abs 1 S 1 sind notwendig auf die entzogenen Sorgerechtsbefugnisse beschränkt, die vormundschaftsgerichtliche Kindeswohlkontrolle ist stets auf die Fragestellung verkürzt, ob dem Regelübergang konkrete Kindesinteressen entgegenstehen (Abs 1 S 2, 3, Abs 2 S 1; vgl auch § 1678 Rz 30). Im Hinblick auf die unterschiedlichen Zuständigkeiten nach § 1680 und § 1696 bleibt den vormundschaftsgerichtlichen Entscheidungen nach der ersten Vorschrift jedoch die Funktion, schon vor der (stets notwendigen) Abgabe an das FamG eine (nicht rechtlich, aber sachlich) provisorische und uU thematisch begrenzte Neuordnung der Sorgerechtskompetenzen zu schaffen.

33 V. Zuständigkeit und Verfahren

Die **örtliche Zuständigkeit** des VormG für Entscheidungen nach Abs 1 S 2, 3 und Abs 2 S 1, 2 folgt aus §§ 43, 36 FGG (Richtervorbehalt, § 14 Nr 15 RPflG). Zur sachlichen Zuständigkeit in Abgrenzung zum FamG s Rz 25, 32.

Das **Verfahren** ist **von Amts wegen** einzuleiten und mit dem Entzugsverfahren zu verbinden (Rz 7). Vom Tatbestand des § 1670 Abs 1 ist dem VormG durch das AG Mitteilung zu machen (§ 50 Abs 1 FGG). Die Ermittlungen erfolgen ebenfalls vAw (§ 12 FGG). Das Jugendamt ist anzuhören gem § 49 Abs 1 Nr 1 Buchst h FGG (auch wenn nur die Vermögenssorge betroffen ist), die Eltern und das Kind gem

§§ 50 a, 50 b FGG. Ist das Kind bisher nur im Entzugsverfahren gegen den gefährdenden Elternteil gehört worden, so bedarf es seiner erneuten Anhörung, wenn der Entzug auch beim anderen Elternteil gem Abs 1 S 2 in Frage steht (BayObLG FamRZ 1985, 1179, 1180 f).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 94 Abs 1 Nr 4, Abs 3 KostO.

VI. Internationales Privatrecht

34

Vormundschaftsgerichtliche Entscheidungen nach Abs 1 S 2, 3, Abs 2 S 1, 2 sind „Schutzmaßnahmen“ iS Art 1 Haager MSA, nicht jedoch der gesetzliche Sorgerechtsübergang gem Abs 1 S 1, selbst wenn er sich nach vormundschaftsgerichtlicher Vorkontrolle vollzieht. **International zuständig** für Entscheidungen sind deutsche VormG also stets, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, bei Eilmaßnahmen gem Art 9 MSA genügt schlichter Aufenthalt. Die Entscheidungen unterstehen dann **deutschem Recht** (Art 2 MSA). Das Heimatrecht des Kindes ist gem Art 3 MSA zu beachten; es kann allerdings außer Betracht bleiben, wenn eine Kindesgefährdung iSd Art 8 MSA vorliegt (vgl BGHZ 60, 68, 73 [sogar Regelfall]; BayObLG FamRZ 1991, 216, 218 = ZfJ 1991, 74, 75).

§ 1681

Ist ein Elternteil gestorben, so steht die elterliche Sorge dem anderen Teil allein zu. War der verstorbene Elternteil nach den §§ 1671, 1672 sorgeberechtigt, so hat das Vormundschaftsgericht die elterliche Sorge dem überlebenden Elternteil zu übertragen, es sei denn, daß dies dem Wohle des Kindes widerspricht. Eine Vormundschaft oder Pflegschaft nach § 1671 Abs. 5 oder nach § 1672 Satz 1 in Verbindung mit § 1671 Abs. 5 bleibt bestehen, bis sie vom Gericht aufgehoben wird.

Das gleiche gilt, wenn die elterliche Sorge eines Elternteils endet, weil er für tot erklärt oder seine Todeszeit nach den Vorschriften des Verschollenheitsgesetzes festgestellt worden ist. Lebt dieser Elternteil noch, so erlangt er die elterliche Sorge dadurch wieder, daß er dem Vormundschaftsgericht gegenüber erklärt, er wolle sie wieder ausüben. Ist seine Ehe durch Wiederverheiratung seines Ehegatten aufgelöst, so gilt § 1671 Abs. 1 bis 5 entsprechend.

Art 1 Nr 22 GleichberG; Art 1 Nr 31, 1. EheRG; Art 1 Nr 27, Art 9 § 2 Nr 3 SorgeRG.

Systematische Übersicht

- | | |
|--|---|
| <p>I. Allgemeines</p> <p>1. Normbedeutung, Überblick 1</p> <p>2. Gesetzesgeschichte 3</p> <p>II. Tod, Feststellung der Todeszeit oder Todeserklärung eines Elternteils, Abs 1, Abs 2 S 1</p> <p>1. Bei gemeinsam sorgeberechtigten Eltern. Abs 1 S 1, Abs 2 S 1 4</p> <p>2. Tod des nach Scheidung oder Trennung alleinsorgeberechtigten Elternteils. Abs 1 S 2 8</p> <p>a) Zweck der Regelung 8</p> <p>b) Voraussetzungen der Übertragung 9</p> <p>c) Die Übertragungsentscheidung 10</p> <p>aa) Kindeswohlprüfung 10</p> | <p>bb) Nichtübertragung 13</p> <p>cc) Zuständigkeit und Verfahren 14</p> <p>3. Bei Tod bestehende Vormundschaft oder Pflegschaft, Abs 1 S 3 15</p> <p>a) Vormundschaft oder Pflegschaft gem (§ 1672 iVm) § 1671 Abs 5 15</p> <p>aa) Normbedeutung 15</p> <p>bb) Reichweite und Maßstab der familiengerichtlichen Entscheidung 16</p> <p>b) Vormundschaft oder Pflegschaft aus anderen Gründen 18</p> <p>aa) Vor oder nach Erlaß einer familiengerichtlichen Sorgerechtsentscheidung 18</p> <p>bb) Fehlen einer familiengerichtlichen Sorgerechtsentscheidung 19</p> |
|--|---|

4. Buch. 2. Abschnitt. Verwandtschaft

- c) Zuständigkeit und Verfahren für Entscheidungen gem Abs 1 S 3 20

III. Rückkehr des fälschlich für tot erklärten Elternteils, Abs 2 S 2,3

1. Überblick 21
 2. Wiedererlangung der elterlichen Sorge durch Erklärung gegenüber dem VormG, Abs 2 S 2 22
- a) Voraussetzungen 22

- b) Erklärung gegenüber dem VormG: Abgabe und Wirkung 23

- c) Rückkehr des zuvor alleinsorgeberechtigten Elternteils 25

3. Zwischenzeitliche Eheauflösung durch Neuheirat des anderen Elternteils, Abs 2 S 3 26

IV. Internationales Privatrecht 28

Alphabetische Übersicht

Amtsermittlungsgrundsatz 14, 20

Anhörung 14, 20

Aufhebung der Ehe 5, 27

Auflösung der Ehe durch Neuheirat 21, 26

Aufspaltung der elterlichen Sorge 15

Ausübungsbindung 5, 24

Beziehungsnetz 8, 11 f

Bezugsperson 11 ff

Bindung 11 f, 15, 25

Einstweilige Anordnung 9, 26

Elternrecht 8

Entfremdung 7 f, 10

Feststellung des Todeszeitpunkts 1 f, 4, 9

Gemeinsame Sorge nach Scheidung 5, 7

Geschiedene Eltern 2, 5, 8 ff, 15 ff, 22, 25

Getrennt lebende Eltern 2, 5, 7 ff, 15 ff, 22, 25

Großeltern 8, 11 f

Gutgläubensschutz 24

Haager MSA 28

Herausgabeverlangen (§ 1632 Abs 1) 7 f, 24

IPR 28

Jugendamt 14, 20

Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 13

Kindeswille 12, 15

Kindeswohl 10, 21

– als Eingriffslegitimation 10

– als Entscheidungsmaßstab 11

– als Verfahrensrichtlinie 15, 17

Kindeswohlgefährdung 7 f, 10, 15 f, 19

Kindeswohlkriterien 11 f, 25

Kontinuität 11, 15, 25

Nichtigerklärung der Ehe 5

Partner 11

Pflegschaft 2, 5 f, 9, 13, 15, 17 ff

– Aufhebung 15, 17, 19

Platzierungswechsel 7 f, 10 ff

Rechtliche Verhinderung 1, 5, 18

Rückkehr des für tot Erklärten 2, 21 ff

Schuld 10 f

Schule 11

Sorgerechtsänderung gem § 1696 iVm

1671, 1672 9, 15 ff, 25

Sorgerechtsentzug 1, 7, 9, 18 f

– Teilentzug 5, 15

Sorgerechtsfähigkeit 2, 6, 9, 15, 19

Stiefelternteil 8, 11 f

Tatsächliche Verhinderung 1, 6, 18

Tod eines Elternteils 1 f, 4, 9, 19

Todeserklärung 1 f, 4, 9

Übereinstimmender Elternvorschlag 27

Umgewöhnung 11

Verbleibensanordnung (§ 1632 Abs 4) 7, 24

Vorläufige Anordnung 9

Vormundschaft 2, 6, 9, 13, 15 f, 18 f, 22, 24

– Aufhebung 16, 18 f

– Beendigung ex lege 24

Wiedererlangung der elterlichen Sorge 21 ff

Wiederheirat des überlebenden Elternteils 21, 26

Zuständigkeit

– internationale 28

– örtliche 14, 20

– sachliche 2, 14 ff, 20, 23, 27

I. Allgemeines

1. Normbedeutung, Überblick

1

Der Tod eines Elternteils führt zum Ende seines Sorgerechts – das Gesetz spricht diese Selbstverständlichkeit nicht ausdrücklich aus (vgl § 1677 Rz 1). Gleiches gilt gem § 1677 für die Todeserklärung sowie die Feststellung der Todeszeit nach dem VerschG. **§ 1681 Abs 1, Abs 2 S 1** regelt nun in Ergänzung dieser Grundsätze die **sorgerechtliche Position des anderen Elternteils** (und bezeichnet damit mittelbar Möglichkeiten und Grenzen einer Drittsorge für das Kind). Insoweit steht die Vorschrift neben den (im wesentlichen) strukturgleichen §§ 1678, 1680, die andere Ausfallgründe eines Elternteils zum Ausgangspunkt nehmen (Verhinderung, Sorgerechtsentzug; vgl Vorbem 3, 4 zu § 1673 ff).

Wie in den Parallelvorschriften erstarkt bei *bislang gemeinsamem Sorgerecht der Eltern* die Rechtsstellung des überlebenden Teils zur *Alleinsorge* (Abs 1 S 1, s Rz 4 ff); ist der nach Trennung oder Scheidung *alleinsorgeberechtigte Elternteil* gestorben, tritt an die Stelle des gesetzlichen Übergangs die kontrollierte vormundschaftsgerichtliche *Übertragungsmöglichkeit* (Abs 1 S 2, s Rz 8 ff). Beides gilt nur unter der Voraussetzung grundsätzlicher Sorgerechtsfähigkeit des überlebenden Elternteils; war letzterer schon vom FamG gem § 1671 Abs 5 *entrechtet* worden, hat dieses nunmehr (statt des VormG) auch über die Aufhebung der früheren Sorgerechtsbeschränkungen und damit die sorgerechtliche Stellung des überlebenden Elternteils zu entscheiden (Abs 1 S 3, s Rz 15 ff).

Die **sorgerechtliche Position des betroffenen Elternteils selbst** regelt Abs 2 S 2, 3 für den Fall, daß dieser nach Todeserklärung oder Feststellung der Todeszeit unerwartet zurückkehrt (Rz 21 ff).

2. Gesetzesgeschichte

3

Die Vorschrift, ursprünglich nur betreffend die Beendigung der Vermögensverwaltung, ist durch das GleichberG 1957 (Art 1 Nr 22) neu gefaßt worden als sachliche Zusammenfassung der früheren Regelungen in §§ 1684 Abs 1 Nr 1, 1679 Abs 2 sowie § 40 EheG 1946 (zum Inhalt dieser Vorschriften s VoraufL Rz 1). Das 1. EheRG (Art 1 Nr 31) paßte Abs 2 S 3 dem Wegfall des Schuldprinzips bei Scheidung an; das SorgeRG fügte in Abs 1 die Sätze 2 und 3 hinzu (Art 1 Nr 27) und nahm terminologische Anpassungen vor (Art 9 § 2 Nr 3).

II. Tod, Feststellung der Todeszeit oder Todeserklärung eines Elternteils, Abs 1, Abs 2 S 1

1. Bei gemeinsam sorgeberechtigten Eltern, Abs 1 S 1, Abs 2 S 1

4

Stirbt von zwei gemeinsam sorgeberechtigten Eltern ein Teil, so **erstarkt das Sorgerecht des überlebenden Teils ipso iure zur Alleinsorge** (entspr Regelungen in §§ 1678 Abs 1, 1680 Abs 1 S 1). Dem Tod insoweit gleichgestellt ist die Todeserklärung gem §§ 2, 9 VerschG und die Feststellung des Todeszeitpunkts gem §§ 39, 41 VerschG.

Das **Erfordernis gemeinsamer Sorgeberechtigung vor Wegfall eines Elternteils** ergibt sich – nach Einfügung der Sätze 2 und 3 – implizit aus S 1 sowie aus der systematischen Zugehörigkeit dieser Regelung zum 5. Titel „Elterliche Sorge für eheliche Kinder“, §§ 1626 ff, hier insbes §§ 1627–1629 (so im Ergebnis auch Münch-

Komm-HiNZ Rz 5; vgl § 1678 Rz 8; § 1680 Rz 5). War das Sorgerecht nur **teilgemeinsam**, beschränkt sich der gesetzliche Übergang gem Abs 1 S 1 auf diesen Teilbereich: War zB nach teilweisem Sorgerechtsentzug bei einem Elternteil der andere Teil insoweit alleinsorgeberechtigt (§ 1680 Abs 1 S 1), so erwirbt bei dessen Tod der teilweise entrechtete Elternteil nicht gem Abs 1 S 1 das volle Sorgerecht, sondern nur das Alleinsorgerecht auf dem bislang gemeinsamen Sorgegebiet – im übrigen ist in entsprechender Anwendung von Abs 1 S 3 der Fortbestand des Entzugs zu prüfen und ggf ein Pfleger zu bestellen (vgl MünchKomm-HiNZ Rz 6).

Gemeinsames Sorgerecht iSv Abs 1 S 1 besteht auch bei *getrennt lebenden Ehegatten*, solange keine Sorgerechtsregelung getroffen worden ist (nach § 1672 oder durch einstweilige bzw vorläufige Anordnung); es besteht nach *Aufhebung* oder *Nichtigerklärung* der Ehe bis zur Sorgerechtsregelung (§ 1671 Abs 6; § 37 Abs 1 EheG iVm § 1671 Abs 1), im Falle des § 1681 Abs 2 S 2, 3 bis zur familiengerichtlichen Sorgerechtsentscheidung (vgl Rz 26) sowie bei *Belassung des gemeinsamen Sorgerechts* durch familiengerichtliche Entscheidung gem § 1671 Abs 3 S 1 (KROPHOLLER JR 1984, 89, 97; vgl § 1671 Rz 158 ff).

- 6 Voraussetzung des automatischen Erstarkens zur Alleinsorge ist die diesbezügliche **Sorgerechtsfähigkeit** des anderen Elternteils – das ergibt sich weitgehend schon aus dem Erfordernis gemeinsamer Sorgeberechtigung, gilt aber auch für die Fälle rechtlicher oder tatsächlicher Verhinderung des anderen Elternteils (näher § 1678 Rz 10; vgl MünchKomm-HiNZ Rz 6).

Wenn und soweit das Sorgerecht des überlebenden Elternteils nicht gem Abs 1 S 1 die durch Tod entstandene Sorgerechtslücke schließt, ist nach allgemeinen Grundsätzen **Vormundschaft oder Pflegschaft** anzuordnen, §§ 1773, 1909.

- 7 Die gesetzliche Alleinsorge des überlebenden Elternteils *kann* im Einzelfall zu einer **Kindeswohlgefährdung** führen, etwa wenn die Eltern schon längere Zeit getrennt gelebt hatten und der dem Kind inzwischen entfremdete überlebende Elternteil dieses aus seinen vertrauten Lebensverhältnissen nehmen will. Diese frühere Standardproblematik des „mißbräuchlichen Herausgabeverlangens“ ist durch Abs 1 S 2 entschärft (vgl Rz 8), kann aber weiterhin auftreten, wenn vor dem Tod des alleine betreuenden Elternteils noch keine Sorgeregelung erfolgt ist (vgl BayObLG FamRZ 1982, 1118, 1120; ZfJ 1985, 36 ff [ders Fall]) oder den geschiedenen Eltern das Sorgerecht zwar gemeinsam belassen worden ist, ein Elternteil aber faktisch die Alleinbetreuung übernommen hat („Residenzmodell“, vgl § 1671 Rz 179, 188). Hier bleibt weiterhin nur Abwehr der Kindesgefährdung nach §§ **1632 Abs 4 oder 1666** (BayObLG aaO; zum gemeinsamen Sorgerecht nach Scheidung KROPHOLLER JR 1984, 89, 97; vgl § 1666 Rz 45 f, 96).

2. Tod des nach Scheidung oder Trennung alleinsorgeberechtigten Elternteils, Abs 1 S 2

8 a) Zweck der Regelung

Bis zum SorgeRG ging das Sorgerecht auch dann ipso iure auf den anderen Elternteil über, wenn dem Verstorbenen auf Grund einer Sorgerechtsentscheidung gem §§ 1671, 1672 das Sorgerecht allein zugestanden hatte. Bei im Todeszeitpunkt eingetretener Entfremdung zwischen anderem Elternteil und Kind sowie dessen Verwurzelung im familialen Umfeld des verstorbenen Elternteils (Stiefeltern- oder Großelternfamilie) konnte das Herausgabeverlangen des überlebenden Elternteils gem § 1632 Abs 1 zu das Kindeswohl gefährdenden Belastungen führen, die nur über §§ 1666 ff abgewehrt werden konnten (zB OLG Köln FamRZ 1972, 144; OLG

Karlsruhe Justiz 1975, 29; vgl Rz 7). Mit der Ersetzung des automatischen Sorge-rechtsübergangs durch einen kontrollierten richterlichen Übertragungsakt gem Abs 1 S 2 wollte der Gesetzgeber eine angemessenere Berücksichtigung der Kindes-interessen ermöglichen (BT-Drucks 8/2788, 66; parallele Problematik und Regelung in § 1678 Abs 2 [s dort Rz 12] und § 1680 Abs 2 [s dort Rz 23]; zu den Kindesinteressen ie s Rz 11). Allerdings besteht ein **Rechtsanspruch des überlebenden Eltern-teils** auf Übertragung, sofern die Kindesinteressen ihr nicht entgegenstehen (MünchKomm-HINZ Rz 8; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4; vgl § 1678 Rz 12, 18; § 1680 Rz 23); das Verfahren ist **vAw** einzuleiten.

b) Voraussetzungen der Übertragung

9

Ein Elternteil muß nach Trennung oder Scheidung **alleinsorgeberechtigt** gewesen sein. Als Grundlage dieser Berechtigung kommen neben den in Abs 1 S 2 genannten §§ 1671, 1672 auch eine einstweilige oder vorläufige Anordnung in Betracht, Änderungsentscheidungen nach § 1696 (mit §§ 1671, 1672) sowie alle sonstigen Rechtsvorgänge, die zum alleinigen Sorgerecht eines von bislang zwei sorgeberechtigten Eltern geführt haben (vgl näher § 1678 Rz 13, 14; § 1680 Rz 24). Abs 1 S 2 gilt nicht bei gemeinsamem Sorgerecht nach Scheidung (Rz 5).

Der alleinsorgeberechtigte Elternteil muß **verstorben** oder **für tot erklärt** oder seine **Todeszeit** gem §§ 39, 41 VerschG **festgestellt** sein (Abs 2 S 1, s Rz 1). Der überlebende Elternteil muß **sorgerechtsfähig** sein (vgl Rz 6; ERMAN-MICHALSKI Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5; vgl § 1678 Rz 25, § 1680 Rz 26). Ist wegen Ende oder Entzug seines Sorgerechts ein Pfleger oder Vormund bestellt, so ist der Fortbestand dieser Maßnahmen nach Abs 1 S 3 zu überprüfen (Rz 15 ff). Bei früherem Entzug ohne Pfleger- oder Vormundbestellung ist entsprechend zu verfahren (oben Rz 5).

c) Übertragungsentscheidung

aa) Kindeswohlprüfung

10

Die **Grenze des Eingriffs** in den grundsätzlich bestehenden Rechtsanspruch des überlebenden Elternteils auf Übertragung des Sorgerechts ist gegenüber dem allgemeinen Kindesschutzrecht (§§ 1666 ff) etwas vorverlagert. Eine *Gefährdung* des Kindeswohls durch den Sorgerechtsübergang (und damit verbundenen Plazierungswechsel) muß *nicht* festgestellt werden, es genügt, wenn der Wechsel das (durch den Verlust seines Betreuungselternteils ohnehin geschädigte) Kind zusätzlich wesentlich belasten würde (der Sache nach an der Gefährdungsgrenze orientiert demgegenüber OLG Frankfurt FamRZ 1981, 1105; krit dazu auch MünchKomm-HINZ Rz 10; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4). Eine *vorhandene Gefährdung* legitimiert allerdings ohne weiteres eine abweichende Entscheidung nach Abs 1 S 2 (vgl BayObLG FamRZ 1988, 973). Andererseits genügt es noch nicht, daß ein Verbleib des Kindes in seinem bisherigen Umfeld zweckmäßiger oder seinem Wohl dienlicher wäre – dem Kindesinteresse ist in Abs 1 S 2 nur ein begrenztes Wirkungsfeld eröffnet als **Korrektiv einer Regelzuweisung an den überlebenden Elternteil** (vgl § 1678 Rz 24; § 1680 Rz 28). Es findet also keine freie Abwägung zweier Plazierungsalternativen entspr § 1671 Abs 2 statt (so MünchKomm-HINZ Rz 10; mißverständlich auch BayObLG FamRZ 1988, 973, 974), sondern eher eine dem § 1671 Abs 3 S 1 entsprechende Kindeswohlkontrolle (vgl § 1671 Rz 149). Welche Kindesinteressen zu berücksichtigen sind und von welchem *Gewicht* an diese geeignet sind, den elterlichen Übertragungsanspruch zu verdrängen, sind zwei verschiedene Fragen (vgl § 1671 Rz 18 ff).

Ist diese Grenze erreicht, ist die **Berücksichtigung gegenläufiger Elterninteressen unzulässig** (zB Sicherung des Lebenssinns [anders aber OLG Frankfurt FamRZ 1981, 1105]; frühere Opfer für das Kind oder mangelnde Schuld an der eingetretenen Entfremdung, BayObLG FamRZ 1988, 973, 974; OLG Karlsruhe Justiz 1975, 29, 30; LG Ravensburg DAVorm 1975, 57, 59).

- 11** Thematisch umfaßt die Prüfung nach Abs 1 S 2 das unverkürzte Spektrum aller rechtlich beachtlichen **Kindeswohlkriterien** (vgl § 1671 Rz 52 ff, 70 ff), besondere Bedeutung kommt der Bindungserhaltung, der Entwicklungskontinuität und dem Kindeswillen zu. Das Schwergewicht der Prüfung liegt situationsbedingt auf *zwei Variablen*: Den Beziehungen des Kindes zum überlebenden Elternteil einerseits, den Bindungen des Kindes an weitere Personen im bisherigen Lebenskreis (Stiefelternteil, Großeltern) sowie das sonstige soziale Umfeld andererseits. Bestehen zum lebenden Elternteil nahezu keine Kontakte (mehr), hingegen gute Beziehungen zu Personen in der familialen Umwelt, in der das Kind bisher zusammen mit dem verstorbenen Elternteil gelebt hatte, so widersprechen die Kindesinteressen regelmäßig einer Herausnahme aus diesen Beziehungen (BayObLG FamRZ 1988, 973, 974; OLG Karlsruhe Justiz 1975, 29, 30 [noch zu § 1681 aF, 1666]; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 609). Auf Verschulden des anderen Elternteils hinsichtlich der Entfremdung oder der fehlenden Kontakte zum Kind kommt es nicht an (oben Rz 10). Auch die Stellung der verbliebenen Bezugspersonen des Kindes ist unerheblich (Großeltern, Stiefelternteil, nichtehelicher Lebenspartner des verstorbenen Elternteils, dazu BayObLG aaO). Daneben kann die Erhaltung des sonstigen Beziehungsnetzes für das Kind wichtig sein – Schule, großelterlicher Bauernhof, Freunde (BayObLG FamRZ 1988, 973, 974; FamRZ 1982, 1118, 1120; ZfJ 1985, 36 ff; OLG Köln FamRZ 1972, 144, 146; LG Ravensburg DAVorm 1975, 57, 58, 60). Würde die Herausnahme aus seiner bisherigen Lebenswelt das Kind schwer belasten oder gar gefährden, so ist eine Übertragung des Sorgerechts auf den überlebenden Elternteil auch nicht unter der Auflage zulässig, das Kind in einem behutsamen und langwierigen Umgewöhnungsprozeß auf den Wechsel vorzubereiten (gegen OLG Frankfurt FamRZ 1981, 1105).
- 12** Hat das Kind hingegen gute Beziehungen zum überlebenden Elternteil, so genügen ebenfalls gute Beziehungen zu Stief- oder Großeltern noch nicht für einen Ausschluß der Übertragung (**aA** MünchKomm-HINZ Rz 11; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 609 [jedoch zweifelnd]). Das gleiche gilt für bloße Unbequemlichkeiten oder äußerliche Umstellungsschwierigkeiten, die mit einem Wechsel verbunden wären. Dabei sind auch die langfristigen Entwicklungschancen des Kindes im Auge zu behalten. In Zweifelsfällen wird dem **Kindeswillen** entscheidende Bedeutung zukommen (BayObLG FamRZ 1988, 973, 974; OLG Karlsruhe Justiz 1975, 29, 30; OLG Köln FamRZ 1972, 144, 145 f; LG Ravensburg DAVorm 1975, 57, 59 f).
- 13 bb)** Bei **Nichtübertragung** des Sorgerechts auf den überlebenden Elternteil ist nach allgemeinen Grundsätzen **Vormundschaft oder Pflegschaft** anzuordnen, §§ 1773, 1909. Dabei ist vorrangig die dritte Bezugsperson zu bestellen (MünchKomm-HINZ Rz 11; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3). Langfristig ist dem „Recht des Kindes auf Familie“ auf dem durch § 37 Abs 1 KJHG vorgezeichneten Weg Rechnung zu tragen (vgl § 1678 Rz 27).

14 cc) Zuständigkeit und Verfahren

Die sachliche Zuständigkeit des **VormG** erscheint wenig abgestimmt mit § 1678 Abs 2 (FamG), sie führt auch zu Abgrenzungsschwierigkeiten im Rahmen von Abs 1 S 3 (dazu Rz 16, 17). Innerhalb des VormG entscheidet der **Richter** (§ 14 Nr 15 RPflG). Die **örtliche Zuständigkeit** folgt aus §§ 43, 36 FGG. Das **Verfahren**

ist vAw einzuleiten, es gilt das Amtsermittlungsprinzip (§ 12 FGG). Anhörungen der Eltern nach § 50 a FGG, des Kindes § 50 b FGG, des Jugendamts § 49 Abs 1 Nr 1 Buchst i FGG, dritter Bezugspersonen nach § 12 (oder § 50 c) FGG.

3. Bei Tod bestehende Vormundschaft oder Pflegschaft, Abs 1 S 3

a) Vormundschaft oder Pflegschaft gem (§ 1672 iVm) § 1671 Abs 5

aa) Normbedeutung

15

Vor dem SorgeRG war streitig, ob der gesetzliche Sorgerechtsübergang auf den überlebenden Elternteil auch in Fällen stattfand, in denen das Sorgerecht nicht dem verstorbenen Elternteil, sondern einem Vormund oder Pfleger zugestanden hatte (vgl LG Berlin DAVorm 1981, 144 mit umfassenden Nachw). Obwohl die damit verbundene Frage des Kindesschutzes bereits weitgehend durch Einfügung des Abs 1 S 2 erledigt worden ist, hielt man die Sonderregelung des Abs 1 S 3 für notwendig. Ihr Schwerpunkt liegt – wie im folgenden zu zeigen ist – auf einer **Kompetenzverlagerung vom VormG (Abs 1 S 2) auf das FamG (Abs 1 S 3)**, vgl Rz 20.

Der **Normzweck** erschließt sich aus folgenden Überlegungen: Hatte das FamG bei Trennung oder Scheidung gem § 1671 Abs 5 einen **Vormund** bestellt, beruhte dies auf der Feststellung, daß das Kindeswohl beim einen wie beim anderen Elternteil gefährdet wäre. Der spätere Tod eines Elternteils ändert an dieser Situation grundsätzlich nichts, vorbehaltlich Ausnahmen im Einzelfall. Hatte das FamG **Pflegschaft** angeordnet bei Übertragung des restlichen Sorgebereichs auf einen Elternteil, konnten dem im wesentlichen zwei verschiedene Fallgestaltungen zugrunde gelegen haben: *Entweder* waren beide Eltern wenig geeignet zur Sorgerechtsübernahme, die Teilübertragung auf den (nun verstorbenen) Elternteil erschien bei gleichzeitiger Pflegerbestellung jedoch noch tragbar; *oder* beide Eltern waren grundsätzlich sorgegeeignet, bei dem nach allgemeinen Grundsätzen vorzuziehenden Elternteil (zB stärkere Bindung, Kindeswille, Kontinuität) bestanden jedoch punktuelle Defizite – wegen des Verbots sachlicher Aufteilung des Sorgerechts unter den Eltern (§ 1671 Rz 47) verband das FamG deshalb die Zuweisung an den besser geeigneten Elternteil mit einer Pflegerbestellung. Der Tod des teilsorgeberechtigten Elternteils führt in beiden Fällen zu einer Veränderung der Sachlage, neben Fortbestand der Pflegschaft kommen deren Aufhebung, aber auch der Übergang zu einer Vormundschaft in Betracht.

Im Interesse sachgerechter Kindeswohlbeurteilung soll nun gem Abs 1 S 3 *das* Gericht, das zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung die Vormundschaft oder Pflegschaft angeordnet hatte, auch über den notwendigen Kindesschutz in der veränderten Situation entscheiden: das **FamG** gem §§ 1696, 1671, 1672.

bb) Reichweite und Maßstab der familiengerichtlichen Entscheidung

16

Dabei ist das **Verhältnis von Abs 1 S 3 zu Abs 1 S 2** sowohl hinsichtlich der Entscheidungskompetenz wie des Entscheidungsmaßstabs **höchst unklar**. Wird eine **Vormundschaft** von FamG aufgehoben, so liegt dem die Feststellung zugrunde, daß eine Kindesgefährdung durch den überlebenden Elternteil nicht mehr besteht (§ 1696 Abs 2) – damit erwirbt dieser Elternteil ohne weiteres ex nunc das unbeschränkte Sorgerecht für das Kind, § 1626 (MünchKomm-HINZ Rz 14; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5). Abs 1 S 2 steht dem nicht entgegen: Es wäre wenig sinnvoll und effizient, der Feststellung des FamG über den Wegfall der Gefährdung

(§ 1696 Abs 2) kumulativ die Prüfung durch das VormG nachfolgen zu lassen, ob die Kindesinteressen einer Übertragung auf den überlebenden Elternteil nicht widersprechen (Abs 1 S 2). Vielmehr **absorbiert die familiengerichtliche Aufhebungskompetenz gem Abs 1 S 3 auch die Kontroll- und Übertragungsfunktion des VormG nach Abs 1 S 2**. Im Aufhebungsbeschluß des FamG steckt *der Sache nach* auch die Übertragungsentscheidung gem Abs 1 S 2 – mit der notwendigen Konsequenz, daß der **Entscheidungsmaßstab** für das FamG nicht aus § 1696 Abs 2, sondern **aus § 1681 Abs 1 S 2** folgt. Es wäre widersinnig, einem überlebenden Elternteil nach angeordneter Vormundschaft (also einem früher ungeeigneten Elternteil) größere Zuteilungschancen einzuräumen als einem im Vergleich zum verstorbenen Ehegatten nur weniger geeigneten Elternteil.

- 17 War das Alleinsorgerecht des verstorbenen Elternteils durch eine **Pflegschaft** eingeschränkt, könnte ein doppeltes Verfahren notwendig werden: Ein vormundschaftsgerichtliches Verfahren gem Abs 1 S 2 hinsichtlich der Übertragung des beim Elternteil verbliebenen Sorgebereichs, sowie ein familiengerichtliches Verfahren gem §§ 1681 Abs 1 S 3, 1696 Abs 2 hinsichtlich einer Aufhebung der Pflegschaft (so offenbar SOERGEL-STRÄTZ Rz 4). Eine derartige Aufspaltung der Prüfungskompetenzen ist aber auch hier nicht sinnvoll, beide Entscheidungen stehen in unauflöslichem Zusammenhang: Bei der Übertragungsentscheidung nach Abs 1 S 2 muß bekannt sein, wieviel vom Sorgerecht dem überlebenden Elternteil letztlich zukommen soll (Teilsorge oder volles Sorgerecht); das FamG müßte wissen, ob die Restsorge des verstorbenen Elternteils gem Abs 1 S 2 auf den überlebenden Elternteil übertragen werden kann. Im Kindesinteresse bedarf es der **Gesamtverantwortung** eines Gerichts für die sorgerechtlichen Verhältnisse nach Tod eines Elternteils; da es der Sache nach um eine Änderung der früheren Sorgerechtsentscheidung geht, liegt die umfassende Entscheidungskompetenz beim **FamG**, das über Pflegschaftsaufhebung und Sorgerechtsübertragung nach dem **einheitlichen Maßstab des Abs 1 S 2** entscheidet (anders wohl BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5: einheitliche Zuständigkeit des VormG).

18 b) Vormundschaft oder Pflegschaft aus anderen Gründen

Die Beschränkung des Abs 1 S 3 auf Vormundschaft bzw Pflegschaft gem § 1671 Abs 5 (ggf iVm § 1672) läßt alle Fälle unregelt, in denen eine bei Tod eines Elternteils bestehende Vormundschaft oder Pflegschaft auf anderen Rechtsgrundlagen beruht (§§ 1640 Abs 4, 1666 ff, 1670, 1678, 1680, 1683 Abs 4, uU mit §§ 1773, 1909).

aa) Vor oder nach Erlass einer familiengerichtlichen Sorgerechtsentscheidung

Derartige Maßnahmen *vor* einer familiengerichtlichen Entscheidung gem §§ 1671, 1672 werden von dieser absorbiert, ihr Fortbestand beruht danach auf § 1671 Abs 5 (damit: § 1681 Abs 1 S 3; vgl § 1671 Rz 52). Sie können aber auch *nach* der Sorgerechtsentscheidung gem §§ 1671, 1672 notwendig werden, etwa wenn beim nun alleinsorgeberechtigten Elternteil das Sorgerecht entzogen wird oder gem § 1670 Abs 1 endet oder gem § 1673 Abs 1, 1674 ruht und eine Sorgerechtsübertragung auf den anderen Elternteil gem §§ 1678 Abs 2, 1680 Abs 2 aus Kindeswohlgründen ausscheidet. Entsprechend den oben dargelegten Grundsätzen zu Abs 1 S 3 (Rz 16, 17) liegt es nach Tod eines Elternteils nun in der Kompetenz des **VormG** (das die Vormundschaft oder Pflegschaft gem §§ 1773, 1909 angeordnet hatte), über Aufhebung dieser Maßnahmen und das Sorgerecht des überlebenden Elternteils zu entscheiden.

bb) Fehlen einer familiengerichtlichen Sorgerechtsentscheidung**19**

Ist es bei intakter Ehe zu **beidseitigem Sorgerechtsentzug** mit Vormund- oder Pflegerbestellung gekommen, so scheitert der gesetzliche Sorgerechtsübergang gem Abs 1 S 1 an der mangelnden Sorgerechtsfähigkeit des überlebenden Elternteils (oben Rz 6). Allerdings kann der Tod eines Elternteils Anlaß zur Überprüfung der Situation geben (§ 1696 Abs 2); diente die Entziehung des überlebenden Elternteils nur der Abwehr voraussichtlicher „Fernwirkungen“ einer Gefährdung durch den verstorbenen Elternteil (insbes § 1680 Abs 1 S 2, 3), wird die Vormundschaft oder Pflegschaft regelmäßig aufzuheben sein – mit der Folge gesetzlichen Sorgerechterwerbs durch den überlebenden Teil gem Abs 1 S 1 (MünchKomm-HINZ Rz 7).

War das Sorgerecht nur dem überlebenden Elternteil entzogen, aber wegen gesetzlichen Übergangs auf den nun verstorbenen Teil kein Vormund oder Pfleger bestellt worden, hat dies (nach einer Prüfung gem § 1696 Abs 2) jetzt zu geschehen (bei Teilentzug vgl Rz 5).

c) Zuständigkeit und Verfahren für Entscheidungen gem Abs 1 S 3**20**

Sachlich zuständig ist das **FamG** (Abs 1 S 3 iVm § 1696), innerhalb des FamG entscheidet der **Richter**: Der Richtervorbehalt des § 14 Abs 1 Nr 15 RPflG nennt zwar nur § 1681 Abs 1 S 2, muß jedoch wegen des vergleichbaren Gewichts der Entscheidung und der sachlichen wie funktionalen Verflochtenheit beider Entscheidungen (Rz 16, 17) auch für Abs 1 S 3 gelten (MünchKomm-HINZ Rz 15; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 8). Die örtliche Zuständigkeit folgt aus §§ 621 Abs 1, Abs 2 S 2 ZPO, 43, 36 FGG. Einleitung des Verfahrens und Ermittlungen geschehen vAw (§§ 1696 Abs 2 BGB; 12 FGG); Anhörungen nach §§ 50 a–c FGG, des Jugendamts nach § 49 Abs 1 Nr 2 FGG (zur Erstreckung auf Änderungsentscheidungen betr §§ 1671, 1672 vgl BayObLG FamRZ 1976, 41, 43 [zu § 48 a JWG aF]).

III. Rückkehr des fälschlich für tot erklärten Elternteils, Abs 2 S 2, 3**1. Überblick****21**

Die Todeserklärung begründet nur eine Vermutung des Todes (§§ 1 Abs 1, 9 Abs 1 VerschG); bei der Feststellung der Todeszeit wird zwar vom sicheren Tod ausgegangen (§§ 1 Abs 2, 39 S 1, 41 VerschG), doch kann sich auch hier diese Überzeugung als falsch herausstellen. Jedenfalls *endet* das Sorgerecht des betroffenen Elternteils mit diesen Beschlüssen *kraft Gesetzes* (§ 1677), auch wenn sie sachlich unrichtig sind (§ 1677 Rz 1, 2); die Konsequenzen für den anderen Elternteil ergeben sich aus § 1681 Abs 1.

Bei Rückkehr des verschollenen Elternteils läßt das Gesetz sein **Sorgerecht nicht automatisch wiederaufleben**, sondern überläßt den Rückerwerb seiner freien Entscheidung (Abs 2 S 2). Damit wird der Grundsatz der Unverzichtbarkeit elterlicher Sorge durchbrochen, im Lichte der besonderen Situation und des Kindeswohls ist diese Regelung aber vertretbar (s § 1677 Rz 3; MünchKomm-HINZ Rz 16).

Das Gesetz trifft in Abs 2 S 3 auch Vorsorge für den Fall, daß der zurückgebliebene und gem § 1681 Abs 1 S 1 alleinsorgeberechtigte Elternteil neu geheiratet und damit die Auflösung der Elternehe gem § 38 Abs 2 EheG herbeigeführt hat (Rz 26 f).

2. Wiedererlangung der elterlichen Sorge durch Erklärung gegenüber dem VormG, Abs 2 S 2

22 a) Voraussetzungen

Abs 2 S 2 gilt zum einen für Fälle, in denen der Zurückgekehrte vor seinem Verlust des Sorgerechts gem § 1677 dieses gemeinsam mit dem anderen Elternteil innegehabt hatte. Sie gilt aber auch, wenn ein anderer (sorgerechtsfähiger) Elternteil nicht vorhanden war (also für die nichteheliche Mutter oder den verwitweten Elternteil) und nach Beendigung des Sorgerechts gem § 1677 ein Vormund bestellt worden ist.

Abs 2 S 2 ist jedoch *nicht* anwendbar, wenn von zwei verheirateten oder geschiedenen Eltern der alleinsorgeberechtigte Teil sein Sorgerecht nach § 1677 verloren hat (Rz 25).

23 b) Erklärung gegenüber dem VormG: Abgabe und Wirkung

Die Erklärung gegenüber dem VormG (Rechtspfleger, § 3 Nr 2 a RPfLG) bedarf **keiner Form**, sie kann auch mündlich oder brieflich abgegeben werden (MünchKomm-HINZ Rz 16; SOERGEL-STRÄTZ Rz 7). Eine **Erklärungsfrist** besteht **nicht** (in Mißbrauchsfällen nach langer Nichtausübung kann das VormG gem §§ 1666 ff eingreifen). Ihre Wirkung entfaltet die Erklärung mit **Zugang** beim VormG (§ 130 Abs 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 7; aM MünchKomm-HINZ Rz 16: mit Abgabe). Der Zurückgekehrte erlangt ex nunc das Sorgerecht so wieder, wie er es vor dem Verlust gem § 1677 innegehabt hatte (also uU nur teilweise). Weder bedarf es einer Aufhebung des vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses über die Todeserklärung bzw die Todeszeitfeststellung noch genügt diese für die Wiedererlangung der elterlichen Sorge (GERNHUBER § 55 IV Fn 2; MünchKomm-HINZ Rz 16; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 7).

- 24** Der Zurückgekehrte erwirbt das **Sorgerecht allein**, wenn ein Vormund bestellt war (die Vormundschaft endet kraft Gesetzes, § 1882), oder als **gemeinsames**, wenn und soweit der andere Elternteil gem Abs 1 S 1 alleinsorgeberechtigt geworden war (mit Ausübungsbindung gem §§ 1627, 1628, 1629 Abs 1 S 1). Gutgläubesschutz des anderen Elternteils gem § 1698 a, des Vormunds gem §§ 1893, 1698 a; Kindesschutz gem §§ 1632 Abs 4, 1666.

25 c) Rückkehr des zuvor alleinsorgeberechtigten Elternteils

Die Regelung des Abs 2 S 2 paßt nicht, wenn der fälschlich für tot Erklärte **alleinsorgeberechtigt** war auf Grund einer Sorgerechtsentscheidung nach Trennung oder Scheidung und dem anderen Elternteil gem Abs 1 S 2 das Sorgerecht übertragen worden ist. Die Übertragungsentscheidung ist vom rechtspolitischen Hintergrund wie der gesetzlichen Ausgestaltung her den Übertragungen gem §§ 1678 Abs 2, 1680 Abs 2 S 1 gleich, stets handelt es sich der Sache nach um eine **Sorgerechtsänderung**, die grundsätzlich endgültigen Charakter hat und in ihrem Bestand durch den späteren Wegfall der Übertragungsvoraussetzungen nicht berührt wird. Eine Rückänderung kommt nur unter den Voraussetzungen des § 1696 in Betracht (§ 1678 Rz 29; § 1680 Rz 30). Hier wie dort handelt es sich um einen schicksalsbedingten Ausfall des Sorgeberechtigten und seine Ersetzung durch den anderen Elternteil; die Kindesinteressen an kontinuierlichen Entwicklungs- und Bindungsverhältnissen erzwingen eine Beständigkeit der neuen Sorgeverhältnisse, die nur unter den allgemeinen Änderungsvoraussetzungen des § 1696 in Frage gestellt werden kann.

Der Zurückgekehrte kann in diesem Fall also das Sorgerecht *nicht* durch Erklärung gegenüber dem VormG zurückerlangen – weder als Alleinsorge (so noch Voraufll

Rz 12, mit Korrekturmöglichkeit nach § 1696) noch gemeinsam mit dem anderen Elternteil (mit anschließender Sorgerechtsentscheidung analog § 1681 Abs 2 S 3, 1671).

3. Zwischenzeitliche Eheauflösung durch Neuheirat des anderen Elternteils, Abs 2 26 S 3

Ist die Ehe der Eltern nach der Todeserklärung oder Todeszeitfeststellung durch Neuheirat des anderen Elternteils aufgelöst (§ 38 Abs 2 EheG), *kann* zwar der Zurückgekehrte durch Erklärung gem Abs 2 S 2 das Sorgerecht wiedererlangen. Gibt er die Erklärung nach Abs 2 S 2 *nicht* ab, bleibt es ohne weiteres bei der Alleinsorge des anderen Elternteils gem Abs 1 S 1. Erklärt sich der zurückgekehrte Elternteil iSd Abs 2 S 2, lebt sein Sorgerecht als *gemeinsames* mit seinem früheren Ehegatten wieder auf, das FamG hat jedoch vAw alsbald eine Sorgerechtsentscheidung gem § 1671 wie bei Scheidung zu treffen (Abs 2 S 3). Unzuträglichkeiten aus dem zunächst fortbestehenden gemeinsamen Sorgerecht kann das FamG durch einstweilige Anordnung begegnen (vgl § 1671 Rz 213f).

Die Entscheidung des FamG ist keine Änderungs-, sondern eine **Erstentscheidung** 27 zwischen den Eltern, vergleichbar der Situation nach Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung einer Ehe (vgl § 1671 Rz 198). § 1671 ist unverkürzt in Bezug genommen; ein übereinstimmender Elternvorschlag entfaltet die Bindungswirkung des § 1671 Abs 3 S 1, auf Grund eines solchen Vorschlags kann das FamG den Eltern das Sorgerecht auch gemeinsam belassen (vgl § 1671 Rz 158ff). *Besonders* naheliegend (so MünchKomm-Hinz Rz 17) ist dies aber nur, wenn der neuerheiratete Elternteil eine Aufhebungsklage gem § 39 Abs 1 EheG erhoben hat.

Für **Zuständigkeit** und **Verfahren** des FamG vgl Rz 20.

IV. Internationales Privatrecht

28

Entscheidungen des VormG oder FamG gem Abs 1 S 2, 3, Abs 2 S 3 sind „Schutzmaßnahmen“ iSd Haager MSA; der gesetzliche Sorgerechterwerb gem Abs 1 S 1 und Abs 2 S 2 richtet sich hingegen nach dem Kindschaftsstatut (Art 19 Abs 2, 20 Abs 2 EGBGB). Für Einzelheiten vgl § 1680 Rz 34.

§ 1682

(Die Vorschrift ist durch Art 1 Nr 28 SorgeRG aufgehoben worden. Sie statuierte eine allgemeine Inventarisierungspflicht für den vermögenssorgeberechtigten Elternteil [vgl Erl in der Voraufll]; der Regelungsgehalt ist teilweise übernommen in § 1640, vgl dort Rz 2.)

§ 1683

Sind die Eltern des Kindes nicht oder nicht mehr miteinander verheiratet und will der Elternteil, dem die Vermögenssorge zusteht, die Ehe mit einem Dritten schließen, so hat er dies dem Vormundschaftsgericht anzuzeigen, auf seine Kosten ein Verzeichnis des Kindesvermögens einzureichen und, soweit eine Vermögensgemeinschaft zwischen ihm und dem Kinde besteht, die Auseinandersetzung herbeizuführen.

Das Vormundschaftsgericht kann gestatten, daß die Auseinandersetzung erst nach der Eheschließung vorgenommen wird.

Das Vormundschaftsgericht kann ferner gestatten, daß die Auseinandersetzung ganz oder teilweise unterbleibt, wenn dies den Vermögensinteressen des Kindes nicht widerspricht.

Erfüllt der Elternteil die ihm nach den vorstehenden Vorschriften obliegenden Verpflichtungen nicht, so kann ihm das Vormundschaftsgericht die Vermögenssorge entziehen.

E I §§ 1548, 1549 Abs 1; II § 1560; III § 1646. Mot IV 811; Prot IV 553, 635; VI 299. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; NEhelG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 1 Nr 29.

Systematische Übersicht

I. Allgemeines

1. Normbedeutung 1
2. Gesetzesgeschichte 3

II. Voraussetzungen 9

III. Rechtsfolgen

1. Anzeige der Heiratsabsicht an das VormG 12
2. Einreichung eines Vermögensverzeichnisses 13
3. Auseinandersetzung einer mit dem Kind bestehenden Vermögensgemeinschaft 16
 - a) Vermögensgemeinschaft 16

b) Auseinandersetzung 19

c) Ausschluß der Auseinandersetzung einer Erbgemeinschaft durch den Erblasser, § 2044 20

d) Aufschub und Befreiung von der Auseinandersetzung, Abs 2, 3 21

IV. Vormundschaftsgerichtliche Prüfung und Sanktionen 23

V. Zuständigkeit und Verfahren 26

VI. Internationales Privatrecht 27

Alphabetische Übersicht

Adoption 10

Anwartschaftsrecht 17

Aufhebung der Ehe 9

Auflösung der Ehe kraft Gesetzes 9

Auseinandersetzung 1, 4, 8, 18 ff, 26

– Aufschub 21 f

– Befreiung 18, 20, 22, 27

Ausübungsbindung 10

Beistand 7, 13, 26

Betreuung 1, 9 f

BGB-Gesellschaft 16, 19

Bruchteilsgemeinschaft 17, 19

Eheschließung 1, 11

Eheschließungsfreiheit 2, 21

Eheschließungshindernis 2, 8, 23

Elternrecht 2

Erbengemeinschaft 16, 19 f

Erbschaft 5, 16 f, 19

Fortgesetzte Gütergemeinschaft 4, 16, 19, 22

Gemeinsame Sorge nach Scheidung 10

Gesamthandsgemeinschaft 4, 16, 18 ff, 22

Geschiedene Eltern 9 f

Haager MSA 27

IPR 27

Inventarisierungspflicht 4 ff, 13

Kindesinteressen 22

– hins Vermögen 1, 18, 20 ff

Kindesvermögen 1, 4, 11, 13, 22, 25, 27

– Gefährdung 1 f, 6, 11, 20 f

– Herausgabe 25

KG 18 f

Legitimation 10

Nichtigerklärung der Ehe 9

Nicht verheiratete Eltern 3, 9 f

Öffentliche Inventarerrichtung 24

OHG 18 f

Pfleger 1, 9, 13

Pflichtteilsberechtigung 17, 20

Rechnungslegung 6

Rechtsmittel 23, 26

5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

Sanktionen 3, 8, 23 f	Vermögensverzeichnis 1, 6 f, 13 ff, 17, 24
Stiefelternteil 1	– Ergänzungsverzeichnis 13
	Volljähriges Kind 1, 9 f
Testamentsvollstreckung 20	Vormund 1, 9 f
	Vor-/Nacherbschaft 17
Verfahren 23, 26	
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 24	Wertangabe 15
Vermächtnis 17	
Vermögensgegenstand 19, 22, 26	Zeugnis des VormG 8, 23, 27
Vermögensgemeinschaft 4, 16 ff	Zuständigkeit
Vermögenspfleger 10, 25 f	– internationale 27
Vermögenssorge 4 ff, 24 ff	– örtliche 26
– Entzug 25 ff	– sachliche 26

I. Allgemeines

1. Normbedeutung

1

Die Vorschrift bezweckt den **Schutz des Kindesvermögens**, wenn der allein vermögenssorgeberechtigte Elternteil die Eheschließung mit einem Dritten plant. In dieser Situation ist die Gefahr nicht auszuschließen, daß das Interesse des Elternteils an pflichtgemäßer Vermögensverwaltung für das Kind in den Hintergrund tritt gegenüber der Begründung einer Lebensgemeinschaft mit einem neuen Partner; daß weiterhin die faktische Zusammenlegung der Haushalte zu einer Verdunkelung der Vermögensverhältnisse des Kindes oder gar zu einer Vermischung seines Vermögens mit dem des Elternteils oder Stiefelternteils führt. Durch Bestandsaufnahme des Kindesvermögens und Auseinandersetzung von Vermögensgemeinschaften mit dem Elternteil noch vor dessen Heirat will das Gesetz die Vermögensinteressen des Kindes präventiv schützen und späteren Streitigkeiten insbes bei Volljährigwerden des Kindes vorbeugen (vgl BT-Drucks 8/2788, 66). Die Vorschrift gilt sinngemäß auch für den *Vormund* (§ 1845) oder *Pfleger* des Kindes (§§ 1915, 1845) sowie für einen *Betreuer* (§§ 1908 i Abs 1, 1845, 1683).

Ob die Unterstellung einer situationsbedingten, generellen Vermögensgefährdung **2** des Kindes wirklich gerechtfertigt ist, erscheint zweifelhaft (vgl GERNHUBER § 10 VII 1; STAUDENMAIER BWNotZ 1968, 248). Eine nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen gestützte Staatsintervention kann aber weder im Lichte des Elternrechts (Art 6 Abs 2 S 1 GG) noch der Eheschließungsfreiheit (Art 6 Abs 1 GG, § 9 EheG [s Rz 8]) Bestand haben. Die geplante Abschaffung des Ehehindernisses in § 9 EheG (vgl MASSFELLER-COESTER § 9 EheG Rz 1) sollte auch Anlaß zu einer rechtspolitischen Überprüfung des § 1683 geben.

2. Gesetzesgeschichte

3

Seinen Regelungsinhalt hat § 1683 erst durch das GleichberG (Art 1 Nr 22) erhalten (zuvor: § 1669 aF [zur Entstehungsgeschichte STAUDENMAIER BWNotZ 1968, 248 f]; die ursprüngliche Thematik des § 1683 wurde in § 1698 b verlagert). Zunächst beschränkt auf eheliche Eltern, erweiterte das NEheLG (Art 1 Nr 22) den Anwendungsbereich auf nichteheliche Eltern. Die jetzige Normfassung beruht auf Art 1 Nr 29 SorgeRG: Der neu eingeführte Abs 3 gestattet – in Fortführung und Erweiterung schon bisheriger Rechtsprechung – ein Absehen von der grundsätzlich gebotenen Vermögensauseinandersetzung; in den Abs 4 wurde die vordem selbständige Sanktionsvorschrift des § 1684 aF eingestellt.

4 3. Verhältnis zu anderen Vorschriften

Eine Auseinandersetzungspflicht vor der Heirat begründet auch § 1493 Abs 2 für den überlebenden Ehegatten, der nach Tod des anderen Elternteils mit den gemeinschaftlichen Abkömmlingen in **fortgesetzter Gütergemeinschaft** lebt (§§ 1483 ff; vgl Erl zu § 1493). Im Gegensatz zu § 1683 ist § 1493 Abs 2 von vornherein gegenständlich beschränkt auf das Kindesvermögen, das im Anteil am Gesamtgut besteht; auch muß der überlebende Ehegatte nicht vermögenssorgeberechtigt sein, uU ist er nicht einmal Elternteil des Abkömmlings (bei Eintritt von Enkeln gem § 1490 S 2). Bei fortgesetzter Gütergemeinschaft eines vermögenssorgeberechtigten Elternteils mit seinen Kindern besteht allerdings Deckungsgleichheit zwischen beiden Vorschriften (vgl noch Rz 22).

- 5 § 1640 Abs 1 begründet (nur) eine Inventarisierungspflicht vermögenssorgeberechtigter Eltern (uU beider), gegenständlich beschränkt auf **Erwerb des Kindes von Todes wegen** im Wert von über 10 000 DM (Einzelh s Erl zu § 1640).
- 6 Zum **Schutz des Kindes vor aktuellen Vermögensgefährdungen** kann nach § 1667 Abs 2 die Erstellung eines Vermögensverzeichnisses und Rechnungslegung angeordnet werden – auch diese Vorschrift setzt Vermögenssorge der Eltern voraus (Einzelh § 1667 Rz 19 f).
- 7 Besteht eine **Beistandschaft** auf dem Gebiet der Vermögenssorge (§ 1685), so ist der Beistand bei der gebotenen Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses stets beizuziehen, § 1689 (bei Übertragung der Vermögenssorge auf den Beistand gem § 1690 obliegt die Inventarpflicht allein diesem, vorbehaltlich einer Fühlungnahme mit den Eltern).
- 8 § 9 EheG enthält eine mittelbare Sanktion für alle vorgenannten Inventar- und Auseinandersetzungspflichten: Solange dem Standesbeamten kein Zeugnis des VormG vorgelegt worden ist, daß diese Pflichten erfüllt sind, besteht ein **aufschiebendes Eheschließungshindernis** (vgl Rz 2).

9 II. Voraussetzungen

Die Vorschrift betrifft einen vermögenssorgeberechtigten Elternteil, der nicht oder nicht mehr mit dem anderen Elternteil verheiratet ist und nun mit einem Dritten die Ehe eingehen will.

Erfaßt sind Eltern, deren Ehe geschieden, aufgehoben, für nichtig erklärt oder kraft Gesetzes aufgelöst ist durch Tod eines Teils oder durch Neuheirat nach Todeserklärung (§ 38 Abs 2 EheG). Erfasst sind auch niemals miteinander verheiratete Eltern; kraft Verweisung gilt die Vorschrift entsprechend auch für den Vormund, Pfleger oder Betreuer (Rz 1).

- 10 Ein Elternteil muß die **Vermögenssorge allein innehaben**, nach Eheauflösung zB nach §§ 1671, 1678 Abs 2, 1680 Abs 2, 1681 Abs 1 S 1 oder 2, 1681 Abs 2 S 3 iVm 1671 (zu den Möglichkeiten fehlender Vermögenssorge s § 1640 Rz 4). Die Vorschrift ist *nicht* anwendbar, wenn geschiedenen Eltern die Vermögenssorge *gemeinsam belassen worden ist* (vgl § 1671 Rz 187) und ein Teil neu heiraten will – die fortbestehende Ausübungsbindung mit dem anderen Teil (§ 1627) ist Sicherung genug.

Bei *nichtehelichen Eltern* kommen als alleiniger Inhaber der Vermögenssorge derzeit nur in Betracht die *Mutter* beim minderjährigen Kind (§ 1705) bzw als Betreuerin des volljährigen Kindes (§§ 1908 i Abs 1 iVm 1802 ff, 1840) und der *Vater* nach Legitimation (§§ 1723 ff, 1736; 1740 a ff, 1740 f Abs 1) oder Adoption des minder-

jährigen Kindes (§§ 1743 Abs 3 S 2, 1754 Abs 2) oder als dessen Vormund oder Vermögenspfleger bzw – beim volljährigen Kind – als dessen Betreuer (zur gebotenen Reform des Nichteheleichenrechts vgl BVerfG NJW 1991, 1944).

Es muß die **Eheschließung mit einem Dritten** beabsichtigt sein. Die Vorschrift ist bei **11** jeder Eheschließung (also auch einer dritten oder vierten) *erneut* anwendbar, da inzwischen neues Kindesvermögen erworben worden sein kann (BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; s Rz 13). „Dritter“ ist *nicht der andere Elternteil* – heiraten die Kindeseltern erstmalig oder erneut, liegt hierin auch in generalisierender Sicht kein besonderer Gefährdungstatbestand für das Kindesvermögen (SCHNITZERLING StAZ 1970, 131; MünchKomm-HINZ Rz 4; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; überholt KG StAZ 1925, 207 [zu § 1669 aF]).

III. Rechtsfolgen

1. Anzeige der Heiratsabsicht an das VormG

12

Die Anzeige gegenüber dem zuständigen VormG (Rz 26) bedarf keiner Form. Sie hat auch dann zu erfolgen, wenn kein Kindesvermögen vorhanden ist (sie ist dann mit einer diesbezüglichen „Fehlannonce“ zu verbinden; zur Überprüfungspflicht des VormG s Rz 23).

2. Einreichung eines Vermögensverzeichnisses

13

Von der **Pflicht** zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses gibt es **keine Befreiungsmöglichkeit** (Mot IV 813). Sie besteht auch bei Vermögen unterhalb von 10 000 DM (im Gegensatz zu § 1640 Abs 2 Nr 1) sowie auch dann, wenn eine Zuwendung an das Kind unter Lebenden oder von Todes wegen mit einer Befreiung der Eltern von der Inventarpflicht verbunden worden ist – diese Befreiung bezieht sich nur auf die gegenständlich begrenzte Pflicht gem § 1640 (BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3). Bei fehlendem Kindesvermögen genügt Fehlanzeige (Rz 12); war bereits früher ein umfassendes Vermögensverzeichnis erstellt worden (etwa nach §§ 1683, 1667 Abs 2), so genügt jetzt ein Ergänzungsverzeichnis, bezogen auf das in der Zwischenzeit erworbene Kindesvermögen. Zur Heranziehung eines Beistands s § 1689; einer Pflegerbestellung für die Aufstellung des Verzeichnisses bedarf es nicht.

Eine besondere **Form** des Verzeichnisses ist nicht vorgeschrieben; immerhin folgt **14** aus dem Wortlaut („Verzeichnis“) sowie dem Dokumentationszweck das Erfordernis der *Schriftlichkeit* (vgl § 1640 Rz 25). Anders als nach § 1640 Abs 1 S 1 muß das Verzeichnis nicht mit einer Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit versehen werden – das VormG kann im Rahmen seiner pflichtgemäßen Überprüfung (§ 12 FGG) eine solche Versicherung jedoch fordern. Gleiches gilt für *Belege*.

Zum **Inhalt** des Verzeichnisses s § 1640 Rz 16 ff, insbes 19–24. Der Sicherungszweck **15** des § 1683 (Rz 1) erfordert eine eindeutige *Identifizierbarkeit* der dem Kind zustehenden Vermögensgegenstände, eine **Wertangabe** ist bei Sachen deshalb nicht notwendig (aA MünchKomm-HINZ Rz 6 und § 1640 Rz 18), gehört bei Forderungen aber zu deren inhaltlicher Kennzeichnung (einschl der Nebenforderungen). **Passiva** sind mit anzugeben, um späteren Streitigkeiten über den wirklichen Vermögensstand des Kindes vorzubeugen (bei § 1640 streitig, bejahend MünchKomm-HINZ § 1640 Rz 18; verneinend ENGLER in diesem Kommentar § 1640 Rz 18; PALANDT-DIEDERICHSEN § 1640 Rz 8; SOERGEL-STRÄTZ § 1640 Rz 6).

3. Auseinandersetzung einer mit dem Kind bestehenden Vermögensgemeinschaft

16 a) Vermögensgemeinschaft

Die Kindesinteressen können bei Heirat des Elternteils gefährdet sein, wenn das Kind einen Anteil an einem Sondervermögen hat, das dem Elternteil und ihm (sowie uU anderen Personen) **zur gesamten Hand** zusteht. Hierunter fallen im wesentlichen die BGB-Gesellschaft (§§ 705 ff), die fortgesetzte Gütergemeinschaft (§§ 1483 ff) und die Miterbengemeinschaft (§§ 2032 ff; BayObLGZ 1967, 230, 234).

17 Nicht „Vermögensgemeinschaft“ iSd Vorschrift ist hingegen die **Bruchteilsgemeinschaft**, da hier die Anteile klar abgegrenzt und auch wertmäßig feststellbar sind – es besteht also keine Verdunkelungsgefahr (BayObLGZ 1965, 318 = NJW 1965, 2299, 2300; FamRZ 1974, 34, 37). Ebenfalls besteht keine Vermögensgemeinschaft zwischen dem Elternteil als Alleinerben und dem Kind als Pflichtteilsberechtigtem oder Vermächtnisnehmer – in beiden Fällen hat das Kind nur schuldrechtliche Ansprüche gegen den Elternteil, die im Vermögensverzeichnis genau aufzuführen sind (BayObLG NJW 1965, 2299; KGJ 44, A 32, 33 f). Im Ergebnis gleiches gilt, wenn der Elternteil Vorerbe, das Kind aber Nacherbe ist (BayObLG NJW 1965, 2299; KGJ 43, A 38, 39 f). Trotz der Beschränkungen des Vorerben gem §§ 2113 ff und dem schon mit Erbfall entstehenden Anwartschaftsrecht des Nacherben entsteht niemals eine Vermögensgemeinschaft zwischen beiden: Erst ist der Elternteil Erbe, anschließend das Kind. Welches Ereignis als Nacherbfall bestimmt ist (Wiederverheiratung, Tod des Elternteils), ist unerheblich.

18 Umstritten ist eine „Vermögensgemeinschaft“ iSd Vorschrift bei der **OHG** oder wenn der Elternteil Komplementär einer **KG** und das Kind Kommanditist ist. Das Bestehen einer Gesamthandsgemeinschaft am Gesellschaftsvermögen ist hier unbestreitbar. *Gegen* eine Auseinandersetzungspflicht gem § 1683 wird angeführt, schon die handelsrechtlichen Vorschriften (§§ 238 ff HGB) gewährleisteten hinreichenden Kindesschutz, und eine Liquidation der Gesellschaft sei den Kindesinteressen regelmäßig schädlich (GERNHUBER § 10 VII 3 [noch zu §§ 38 a ff HGB]; Münch-Komm-HINZ Rz 7). Der erste Aspekt ist zweifelhaft, und seit Einführung der Dispensmöglichkeit des Abs 3 liegt hier die Lösung des Problems: KG und OHG sind „Vermögensgemeinschaften“ iSd § 1683 Abs 1, nachteilige Folgen einer Auseinandersetzung sind durch Befreiung gem Abs 2, 3 abzuwenden (SOERGEL-STRÄTZ Rz 4; im Ergebnis auch GERNHUBER aaO).

19 b) Auseinandersetzung

Die **Durchführung der Auseinandersetzung** richtet sich nach den jeweils einschlägigen Regeln (§§ 731 ff [BGB-Gesellschaft]; 752 ff [Gemeinschaft]; 1498 ff [fortgesetzte Gütergemeinschaft]; 2046 ff [Erbengemeinschaft]; 131 ff, 145 ff, 161 Abs 2 HGB [OHG, KG]). § 1683 schreibt keine bestimmte Form der Auseinandersetzung vor, es besteht Gestaltungsfreiheit des Elternteils, solange nur der vom Gesetz unterstellten Verdunkelungs- oder Vermischungsgefahr vorgebeugt wird (BayObLG FamRZ 1974, 34, 36). Die Auseinandersetzung muß keine völlige sein. So kann Ausscheiden nur des Elternteils bei Fortsetzung der Gemeinschaft unter den Kindern genügen (MünchKomm-HINZ Rz 10; SOERGEL-STRÄTZ Rz 4) oder die Auflösung der Gesamthands- in eine Bruchteilsgemeinschaft, insbes bei nur wenigen, großen Vermögensgegenständen (BayObLG FamRZ 1974, 34, 37).

c) Ausschuß der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft durch den Erblasser, § 2044 20

Das Verhältnis zwischen einem Ausschuß der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft gem § 2044 und der Auseinandersetzungspflicht gem § 1683 war äußerst umstritten (für einen Vorrang des § 1683: KG OLGE 2, 168; BayObLGZ 1967, 230, 235 = NJW 1967, 2407, 2408; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 7; ERMAN-MICHALSKI Rz 6; umgekehrt grundsätzlich Vorrang der Erblasserbestimmung: GERNHUBER § 10 VII 1; MünchKomm-HINZ Rz 9). Ausgehend davon, daß auch die Erblasserbestimmung häufig zum Schutze der Kindesinteressen getroffen wird, hat auch dieser Streit durch Abs 3 seine Bedeutung weitgehend verloren (SOERGEL-STRÄTZ Rz 4): Das VormG hat in jedem Fall zu prüfen, ob die Auseinandersetzung im Kindesinteresse geboten ist oder nicht. Im zweiten Fall bleibt das letztwillige Auseinandersetzungsverbot bestehen, gem Abs 3 ist eine Befreiung zu erteilen. Erfordert der Schutz der Kindesinteressen hingegen die Auseinandersetzung, so liegt hierin gleichzeitig ein „wichtiger Grund“ für das Abweichen von der Erblasserbestimmung iSd §§ 2044 Abs 1 S 2, 749 Abs 2 S 1. Eine weitergehende Zementierung der Erbengemeinschaft kann der Erblasser auch nicht dadurch erreichen, daß er den Miterben-Elternteil auch zum Dauertestamentsvollstrecker gem § 2209 beruft (BayObLGZ 1967, 230, 237 f = NJW 1967, 2407, 2408).

d) Aufschub und Befreiung von der Auseinandersetzung, Abs 2, 3 21

Der auch schon nach früherem Recht mögliche **Aufschub** der Auseinandersetzung bis nach der Eheschließung (Abs 2) soll eine Abwägung zwischen den Kindesinteressen und dem Recht des Elternteils auf Eheschließung ermöglichen (vgl § 9 EheG). Der Aufschub ist zB zu gewähren bei nur abstrakter sowie nicht schwerwiegender Gefahr für das Kindesvermögen, bei besonders langwierigen Auseinandersetzungsverfahren und einem begründeten Interesse des Elternteils an baldiger Eheschließung.

Die **Befreiungsmöglichkeit gem Abs 3**, eingeführt durch das SorgeRG, war – 22 beschränkt auf einzelne Vermögensgegenstände – schon früher anerkannt (Mot IV 813; BayObLG NJW 1965, 2299, 2300). Sie beruht auf der gesetzgeberischen Erwägung, daß die Auseinandersetzung im Einzelfall den Kindesinteressen eher schaden als nützen kann; daß sie uU sehr schwierig und kostenaufwendig ist, unproportional zu geringem Kindesvermögen; daß sie zu einer Belastung der neuen Ehe führen kann (BT-Drucks 8/2788, 66). Darüber hinaus könnte auch eine Belastung des persönlichen Eltern-Kind-Verhältnisses zu besorgen sein (vgl SOERGEL-STRÄTZ Rz 4).

Erweist sich im konkreten Fall nach Abwägung aller Gesichtspunkte, daß die (umfassend verstandenen) Kindesinteressen eine Auseinandersetzung nicht erfordern, besteht eine **Pflicht zur Dispenserteilung**: Die generelle, ohnehin fragwürdige Gefährdungsvermutung des § 1683 Abs 1 (Rz 2) ist widerlegt, die Legitimation der Staatsintervention damit entfallen. Die Befreiung wird regelmäßig auf einen elterlichen Antrag zurückgehen, setzt diesen aber nicht voraus. Sie kann umfassend oder beschränkt erteilt werden.

Abs 3 gilt auch für die fortgesetzte Gütergemeinschaft, ergänzt also insoweit § 1493 Abs 2 (vgl Rz 4).

Gemäß Abs 2, 3 erteilte Gestattungen können jederzeit **zurückgenommen** werden (§ 1696 Abs 1), wenn das Kindesinteresse dies erfordert.

23 IV. Vormundschaftsgerichtliche Prüfung und Sanktionen

Das VormG hat das Recht und auch die Pflicht, die elterlichen Angaben zu **prüfen** und ggf Ergänzungen, Belege oder ähnliches zu verlangen (vgl § 1493 Rz 15). Eine **mittelbare Sanktion** für die Nichterfüllung elterlicher Pflichten aus § 1683 ergibt sich aus § 9 EheG (Rz 8). Es besteht ein Anspruch auf das vormundschaftsgerichtliche Zeugnis nach dieser Vorschrift, wenn der Elternteil seine Pflichten aus § 1683 Abs 1 erfüllt hat oder solche nicht bestehen. Im Falle eines Aufschubs gem Abs 2 wird das Zeugnis mit der *Auflage* erteilt, die Auseinandersetzung nach Eheschließung vorzunehmen (hiergegen Beschwerderecht des Elternteils, wenn er die Auseinandersetzung für nicht erforderlich hält, BayObLG NJW 1974, 1908).

24 Direkte Sanktionen durch das VormG unterliegen dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. So kann das VormG die Pflichterfüllung erzwingen gem § 33 FGG (Zwangsgeld, vorherige Androhung). In Rechtsanalogie zu §§ 1640 Abs 3, 1667 Abs 2 S 3, 1689 S 2 kann auch **öffentliche Inventarerrichtung** angeordnet werden, wenn der Elternteil das Vermögensverzeichnis nicht oder nicht korrekt einreicht (MünchKomm-Hinz Rz 14; aM SOERGEL-STRÄTZ Rz 3). Ein rechtfertigender Unterschied zu diesen Bestimmungen ist nicht ersichtlich; auch muß diese Möglichkeit im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips zugelassen werden, bevor weitergehende Eingriffe in die Vermögenssorge in Betracht kommen.

25 Äußerstenfalls gestattet Abs 4 den **Entzug der Vermögenssorge** (Einzelh § 1640 Rz 31-33). Sie ist sodann entweder dem anderen Elternteil gem § 1680 Abs 2 zu übertragen oder es ist ein Ergänzungspfleger zu bestellen, § 1909. Der betroffene Elternteil hat das Kindesvermögen dem neuen Inhaber der Vermögenssorge herauszugeben, § 1698.

26 V. Zuständigkeit und Verfahren

Die **örtliche Zuständigkeit** des VormG folgt aus §§ 43, 36 FGG. Innerhalb des VormG entscheidet mangels eines Richtervorbehalts der **Rechtspfleger** (§ 3 Nr 2 a RPflG). Dies ist bezüglich der Gestattungen gem Abs 2, 3 unproblematisch, aber kaum zu rechtfertigen für einen Entzug der Vermögenssorge nach Abs 4. Kommt eine Übertragung der Vermögenssorge auf den anderen Elternteil gem § 1680 Abs 2 in Betracht, hat der Rechtspfleger jedenfalls die Sache dem **Richter** vorzulegen (näher §§ 1640 Rz 34, 1667 Rz 35).

Zur notwendigen Beiziehung eines Beistands bei der Inventarerrichtung gem § 1689 s Rz 7. Für die *Auseinandersetzung* ist dem Kind ein **Pfleger** zu bestellen, da der vermögenssorgeberechtigte Elternteil an der Vertretung des Kindes gehindert ist (§§ 1629 Abs 2, 1795 Abs 2, 181; BayObLGZ 1967, 230, 238 f). Die Pflegschaft endet von selbst mit Erledigung der Auseinandersetzung, § 1918 Abs 3 (KG JW 1934, 3001 f). Die Auseinandersetzung bedarf der **vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung**, wenn (über § 1915 Abs 1) ein Tatbestand der §§ 1821, 1822 erfüllt ist (vgl BayObLG FamRZ 1974, 34 ff: Bei Verweigerung Beschwerderecht nur des Pflegers, nicht des Elternteils). Zum Verfahren im übrigen und den Kosten vgl § 1640 Rz 35, 36; die Kosten der Inventarerrichtung trägt gem § 1683 Abs 1 allerdings der Elternteil.

27 VI. Internationales Privatrecht

Der Schutz des Kindesvermögens gem Abs 1 findet kraft Gesetzes statt, hieran ändern auch die gerichtlichen Befreiungsmöglichkeiten nach Abs 2, 3 nichts (vgl PALANDT-HELDRICH Anh zu Art 24 EGBGB Rz 14). Demgemäß ist nicht das Haager

5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

Minderjährigenschutzabkommen (MSA) maßgeblich; § 1683 ist nur anzuwenden, wenn deutsches Recht als Kindschaftsstatut berufen ist (**Art 19 Abs 2, 20 Abs 2 EGBGB**). Gleiches muß auch für den Entzug der Vermögenssorge nach Abs 4 gelten – dieser ist zwar eine behördliche Schutzmaßnahme, dient aber nur der Erzwingung gesetzlicher Pflichten gem Abs 1 (vgl Vorbem 302 zu Art 18 EGBGB [KROPHOLLER]: Bloße Durchführungsmaßnahmen).

Ob die Erteilung des Zeugnisses nach § 9 EheG eine Schutzmaßnahme iSd MSA ist, ist umstritten (bejahend [mwN] MünchKomm-SIEHR Anh zu Art 19 EGBGB Rz 58; verneinend KROPHOLLER Rz 326; PALANDT-HELDRICH aaO).

§ 1684

(Die Regelung wurde durch das Sorgerechtsgesetz in § 1683 Abs 4 untergebracht, § 1684 demgemäß aufgehoben.)

§ 1685

Das Vormundschaftsgericht hat dem Elternteil, dem die elterliche Sorge, die Personensorge oder die Vermögenssorge allein zusteht, auf seinen Antrag einen Beistand zu bestellen.

Der Beistand kann für alle Angelegenheiten, für gewisse Arten von Angelegenheiten oder für einzelne Angelegenheiten bestellt werden.

E I §§ 1538, 1539, II §§ 1576, 1577, III §§ 1663, 1664. Mot IV 797, 800; Prot IV 555, 612, 614. Neugefaßt durch GleichberG Art I Nr 22; SorgeRG Art I Nr 31.

Systematische Übersicht

I. Allgemeines	b) Antrag 9
1. Normbedeutung 1	2. Vormundschaftsgerichtliche Entscheidung 11
2. Textgeschichte 5	
II. Voraussetzungen und Bestellung	III. Rechtsstellung des Beistands 13
1. Voraussetzungen 6	
a) Alleinsorge eines Elternteils 6	IV. Internationales Privatrecht 14

Alphabetische Übersicht

Amtspfleger 7	IPR 14
Antrag 2, 9 ff	
Aufsichtspflegschaft 9	Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 1, 3 f, 11
Benennung des Beistands 10 f	Kindesgefährdung 9
Erziehungsbeistandschaft 3 f	Ledige Mutter 7
Erziehungsdefizit 3	Pfleger 2
Freiwilligkeitsprinzip 2 f, 9, 11	Rechtsmittel 12 f
Gegenvormund 2	Religion 6
Getrennt lebende Eltern 6	Ruhen der elterlichen Sorge 6, 8
Haager MSA 14	Sorgerechtsfähigkeit 8

Tatsächliche Verhinderung 8	Vermögenssorge 3, 6, 10
Übertragung von Sorgebefugnissen auf den Beistand 1 f, 10 f	Vertretung 2, 13
Unterstützungsfunktion des Beistands 1 f, 4, 8, 10	Vormund 8
Verfahren 12	Zuständigkeit
	– internationale 14
	– örtliche 12
	– sachliche 12

I. Allgemeines

1 1. Normbedeutung

Die **bürgerlich-rechtliche Beistandschaft** (§§ 1685–1692) hat den Zweck, einem alleinsorgeberechtigten Elternteil auf dessen Wunsch hin eine unterstützende Person an die Seite zu stellen; begrenzt können auch Sorgefunktionen vom Elternteil auf den Beistand übertragen werden (§ 1690).

Das Institut der Beistandschaft wurde in das **BGB** aufgenommen zur Ergänzung der elterlichen Gewalt der Mutter (Mot IV 797; zu gemeinem Recht und Partikularrechten s VoraufI, Vorbem 2 zu §§ 1685–1692). Der Mutter war nach der ursprünglichen Fassung (§ 1687 aF) ein Beistand zu bestellen (1) auf letztwillige Anordnung des Vaters, (2) auf Antrag der Mutter oder (3) vAw im Interesse des Kindes. Das **GleichberG** eröffnete die Möglichkeit der Beistandschaft auch für den Vater und beseitigte die Zwangsbestellung eines Beistands (die allerdings jugendhilferechtlich möglich blieb, § 57 aF JWG). Das **SorgeRG** hob letzte Reste der Kontroll- und Aufsichtsfunktion des Beistands auf und machte ihn zu einer reinen Hilfsinstitution. Auch auf jugendhilferechtlicher Ebene entfiel mit Ersetzung des JWG durch das **KJHG** ab 1. 1. 1991 schließlich die Zwangsbeistandschaft (vgl Rz 3).

- 2 Die Beistandschaft geltenden Rechts ist demnach geprägt vom **Freiwilligkeitsprinzip**, dh ein Beistand darf nur auf elterlichen Antrag bestellt werden und ist jederzeit auf entsprechenden Antrag wieder abzuberufen (§ 1692 Rz 6). Funktional bedeutet Beistandschaft **Unterstützung** des Elternteils, wobei zwei rechtliche Gestaltungsformen zu unterscheiden sind: Der kumulativ unterstützende Beistand neben dem sorgeberechtigten Elternteil, auf den weitgehend die Regeln über den *Gegenvormund* anzuwenden sind (§§ 1685, 1686, 1691 Abs 1), sowie der den Elternteil partiell ersetzende Beistand gem § 1690, der für seinen Wirkungskreis gesetzlicher Vertreter des Kindes und in der Rechtsstellung einem *Pfleger* gleichgestellt ist (§ 1690 Abs 2 S 1). Beide Beistandsformen können in ein und derselben Beistandsperson kombiniert werden. Die gesetzlichen Regeln der §§ 1685 ff gelten für beide Arten der Beistände, soweit sich nicht für den Beistand nach § 1690 aus jener Vorschrift etwas anderes ergibt.
- 3 Neben der bürgerlich-rechtlichen Beistandschaft besteht auch die „**Erziehungsbeistandschaft**“ des Jugendhilferechts (§ 30 KJHG = SGB VIII; dazu siehe MORITZ ZfJ 1989, 399 ff mwN). Daneben haben alleinerziehende Elternteile einen **Unterstützungsanspruch** gem § 18 Abs 1 KJHG. Beide Vorschriften begründen **sozialrechtliche Leistungsansprüche gegen die Träger der öffentlichen Jugendhilfe**. *Gemeinsam* ist der jugendhilferechtlichen wie der bürgerlichrechtlichen Beistandschaft das **Freiwilligkeitsprinzip** sowie die die Eltern grundsätzlich nur **unterstützende Funktion** (eine dem § 1690 entsprechende Ausnahme kennt das KJHG nicht). *Unterschiede* bestehen in den sachlichen Voraussetzungen: Jugendhilfeleistungen sind auf den Bereich der *Personensorge* beschränkt, während sich die Beistandschaft gem §§ 1685 ff auch (und praktisch sogar vorrangig) auf die *Vermögenssorge* erstreckt.

Gemeinsam sorgeberechtigte Eltern können keinen Beistand nach dem BGB erlangen, wohl aber Erziehungsbeistandschaft gem § 30 KJHG. Allerdings setzt diese »Hilfe zur Erziehung« (§ 27 KJHG) ein konkretes Erziehungsdefizit in der Familie voraus, während das VormG die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer beantragten Beistandschaft nach § 1685 nicht zu beurteilen hat (unten Rz 11).

Die beiden Beistandschaften überschneiden sich thematisch also nur teilweise. 4 Soweit dies der Fall ist, ist ihr Verhältnis zueinander unklar. Eine bestehende bürgerlich-rechtliche Beistandschaft beseitigt nicht per se die Leistungspflicht der Jugendhilfe, sondern allenfalls insoweit, als sie die Hilfsbedürftigkeit der Eltern tatsächlich hat entfallen lassen. Umgekehrt kann die Anspruchsberechtigung eines Elternteils nach §§ 18 Abs 1, 27 iVm 30 KJHG kein Grund sein, eine nach §§ 1685 ff beantragte Beistandschaft abzulehnen (aA AG Karlsruhe FamRZ 1975, 591; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3): Über die Zweckmäßigkeit der Beistandschaft entscheidet allein der Elternteil (unten Rz 11), und eine dem § 1690 entsprechende Gestaltung ist nach dem KJHG nicht möglich.

Im Ergebnis stehen beide Unterstützungsformen also unkoordiniert nebeneinander. Angesichts der **geringen praktischen Bedeutung der bürgerlich-rechtlichen Beistandschaft** (vgl GERNHUBER § 52 II 1) hätte der Gesetzgeber bei Schaffung des KJHG noch einmal die bereits bei der Reform des Sorgerechts erwogene Frage prüfen sollen, ob die §§ 1685-1692 zumindest nunmehr nicht aufhebungsreif sind (vgl BT-Drucks 8/2788, 67; 7/2060, 8, 38; 8/111, 6).

2. Textgeschichte

5

Die Regelung des § 1685 war ursprünglich in §§ 1687, 1688 aF enthalten, sie wurde durch das GleichberG (Art I Nr 22) neugefaßt (s Rz 1) und hierher gesetzt. Das SorgeRG (Art I Nr 30 a) brachte nur sprachliche Anpassungen.

II. Voraussetzungen und Bestellung

1. Voraussetzungen

a) Alleinsorge eines Elternteils

6

Der die Beistandschaft beantragende Elternteil muß **alleinsorgeberechtigt** sein. Dieses Erfordernis ist von der ursprünglichen Fassung der Vorschrift übernommen (vgl Rz 1), aber rechtspolitisch wenig sinnvoll (GERNHUBER § 52 II 1; MünchKomm-HINZ Rz 4; zu § 30 KJHG s Rz 3). Es genügt für § 1685, wenn – bei gemeinsamem Sorgerecht der Substanz nach – nur ein Elternteil *ausübungsberechtigt* ist, etwa im Fall des § 1678 (Ruhe des Sorgerechts beim anderen Teil) oder des § 1629 Abs 2 S 2 (Geltendmachung von Kindesunterhalt durch Obhuts-Elternteil bei getrennt lebenden Eltern; LG Oldenburg DAVorm 1974, 669; LG Berlin DAVorm 1979, 298 f; FamRZ 1991, 103, 104). Ferner genügt nur *teilweise Alleinberechtigung*, wenn der Antrag auf diesen Bereich beschränkt ist; dabei kommen – über den Gesetzeswortlaut hinaus – auch Teilbereiche der Personensorge oder der Vermögenssorge in Betracht (zB das Recht auf religiöse Erziehung oder gegenständlich begrenzte Vermögensverwaltung). Sind demnach beide Elternteile für verschiedene Sorgebereiche alleinberechtigt, kann jedem für seinen Bereich ein Beistand bestellt werden (DONAU MDR 1958, 6, 8; MünchKomm-HINZ Rz 4; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5).

Die *nichteheliche Mutter* kann Beistandschaft nur für solche Angelegenheiten erlan- 7 gen, die nicht gem § 1706 zum Aufgabenbereich des Amtspflegers gehören (PA-

LANDT-DIEDERICHSEN Rz 2; MünchKomm-HINZ Rz 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2). Diese Einschränkung gilt nicht nach einem Beschluß des VormG gem § 1707 (Antrag nach § 1685 begründet nicht stets Änderungsnotwendigkeit nach § 1707 S 3).

- 8 Aus der Unterstützungsfunktion der Beistandschaft folgt, daß der beantragende Elternteil selbst sowohl **rechtlich wie auch tatsächlich das Sorgerecht ausüben können muß** (ERMAN-MICHALSKI Rz 3; MünchKomm-HINZ Rz 6; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 3; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 6; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2). Hinsichtlich rechtlicher Ausübungsverhinderungen ergibt sich dies aus § 1691 Abs 2, aber auch tatsächliche Verhinderungen nicht nur kurzfristiger Art stehen einer Beistandsbestellung entgegen: Die Beistandschaft hat nicht die Aufgabe, ausfallende elterliche Sorge zu ersetzen, sondern vorhandene Sorge zu unterstützen. Stellt ein alleinsorgeberechtigter, aber tatsächlich verhinderter Elternteil einen Antrag nach § 1685, so ist zweckmäßigerweise zunächst eine Feststellung nach § 1674 Abs 1 zu treffen und dann der Antrag abzulehnen (OLG Hamm FamRZ 1966, 260 f [statt Beistandschaft Bestellung eines Vormunds]).

9 b) Antrag

Der alleinsorgeberechtigte Elternanteil muß einen **Antrag** auf Bestellung eines Beistands gestellt haben. Dieses Erfordernis sichert die **Freiwilligkeit** der Beistandschaft. VAW kann eine Beistandschaft nach § 1685 auch dann nicht angeordnet werden, wenn sie dem VormG zur Abwehr einer Kindesgefährdung (§§ 1666, 1666 a) geeignet erscheint (PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 4; MünchKomm-HINZ Rz 7). Allerdings kann dem Elternteil eine Antragstellung nahegelegt werden; bleibt dies erfolglos, kann mit einer *Aufsichtspflegschaft* ein ähnliches Ergebnis erreicht werden (s § 1666 Rz 138; § 1671 Rz 194, 195; COESTER FamRZ 1991, 253, 262). Eine *Pflicht zur Antragstellung* besteht auch dem Kind gegenüber *nicht*; angesichts mehrerer Möglichkeiten, sich der Hilfe Dritter zu versichern, muß dem Elternteil die Auswahlfreiheit bleiben (GERNHUBER § 52 II 1; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 4; MÜNCHKOMM-HINZ Rz 2; aA ERMAN-MICHALSKI Rz 4; DÖLLE II § 99 II sowie VoraufI Rz 8). Ein gestellter Antrag kann jederzeit *zurückgenommen* werden, eine Bestellung darf dann nicht mehr erfolgen (GERNHUBER § 52 I 3; MünchKomm-HINZ Rz 8; zum Aufhebungsantrag s § 1692 Rz 4; die Gegenauffassung ist überholt, vgl ERMAN-MICHALSKI Rz 4).

- 10 Der Antrag muß den **Wirkungskreis** des Beistands bezeichnen (s Abs 2) sowie – wenn die Vermögenssorge oder Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen miterfaßt sind – die beabsichtigte **Rechtsstellung des Beistands deutlich machen** (schlicht unterstützend gem §§ 1685, 1686 oder Übertragung dieser Sorgebefugnisse auf den Beistand gem § 1690; vgl § 1690 Rz 4). Der Antrag kann sich auf den gesamten Sorgebereich beziehen, der dem Elternteil allein zusteht (aber nicht darüber hinausgehen), er kann aber auch begrenzt sein iSv Abs 2. Er kann auch auf eines von mehreren Kindern beschränkt sein. Zulässig sind weiterhin **bedingte Anträge** oder die **Befristung** der beantragten Beistandschaft (PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 4) sowie die Beschränkung des Antrags auf eine bestimmte Beistandsperson (s Rz 11). Auch mehrere Beistände können beantragt werden. Einer Begründung bedarf der Antrag nicht.

11 2. Vormundschaftsgerichtliche Entscheidung

- a) Das Vormundschaftsgericht **muß die Beistandschaft anordnen**, und zwar so, wie sie beantragt worden ist („hat ... zu bestellen“). Eine Überprüfung der Erforderlichkeit und Zweckmäßigkeit ist dem Gericht verwehrt (LG Oldenburg DAVorm

1976, 675 f; LG Göttingen DAVorm 1983, 315 f; LG Hamburg DAVorm 1984, 418 [betr nichtbeantragte Aufhebung]; MünchKomm-HINZ Rz 7; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3). Der Antrag darf nicht zurückgewiesen werden, weil das Gericht die Beistandschaft für überflüssig oder die vorgeschlagene Person für ungeeignet hält (MünchKomm-HINZ Rz 7; aA ERMAN-MICHALSKI Rz 4; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 8; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3; DÖLLE II § 99 II Fn 17; Voraufll § 1691 Rz 3). Anderes gilt für den Beistand nach § 1690 (s dort Rz 5). Auch die Möglichkeit jugendhilferechtlicher Leistungen berechtigt nicht zur Antragsabweisung (oben Rz 4; vgl § 1692 Rz 5).

Das Gericht darf über den Antrag nicht hinausgehen (schon wegen des Freiwilligkeitsprinzips), umgekehrt aber Beistandschaft auch nicht eingeschränkter anordnen als beantragt. Bindung besteht auch hinsichtlich der vom Elternteil **benannten Beistandsperson** (die hM lehnt ein Benennungsrecht im Anschluß an KGJ 34, A 34, 35, 36 f ab, erlaubt aber eine durch die genannte Person *bedingte* Antragstellung; diese Auffassung basiert auf der früheren Rechtslage und ist überholt; wie hier SOERGEL-STRÄTZ Rz 3; der Sache nach auch MünchKomm-HINZ Rz 7 und § 1691 Rz 2).

Eine **Ablehnung** des elterlichen Antrags darf demnach nur erfolgen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen des § 1685 nicht gegeben sind (keine Alleinsorge, kein wirksamer Antrag) oder Ablehnungsgründe des § 1780, 1781, 1784 (iVm § 1691) vorliegen (MünchKomm-HINZ Rz 7; BGB-RGRK-ADELMANN § 1691 Rz 4; aA noch Voraufll § 1691 Rz 3).

Auf entsprechenden Elternantrag kann die Beistandschaft **später eingeschränkt oder erweitert** werden (auch iSv § 1690).

b) Zuständigkeit und Verfahren

12

Die örtliche Zuständigkeit des VormG folgt aus §§ 43, 36 FGG, innerhalb des Gerichts entscheidet der Rechtspfleger (§ 3 Abs 1 Ziff 2 a RPflG).

Beschwerderechte stehen dem Antragsteller zu gegen die Ablehnung oder nur beschränkte Stattgabe seines Antrags (§ 20 Abs 2 FGG; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 3), dem Beistand als sofortige Beschwerde nur gegen seine Bestellung trotz Übernahmeverweigerung oder seine Entlassung gegen seinen Willen (§ 60 Abs 1 Nr 2, 3 FGG; vgl LG Hamburg DAVorm 1983, 315).

III. Rechtsstellung des Beistands

13

Der Beistand nach § 1685 beschränkt die elterliche Sorge nicht und ist nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes (BGH FamRZ 1981, 865; oben Rz 2; anders bei § 1690, s dort Rz 1), er ist nur dem Elternteil unterstützend zugeordnet. Eine Urteilszustellung nur an ihn setzt die Rechtsmittelfrist nicht in Lauf (BGH FamRZ 1981, 865 f). Zu seiner Rechtsstellung ie s § 1691; zu seinen Aufgaben §§ 1686, 1689; zur Entlassung und Beendigung der Beistandschaft §§ 1691, 1692.

IV. Internationales Privatrecht

14

Die Beistandsbestellung ist eine „Schutzmaßnahme“ iS Art 1 Haager MSA (LG Berlin FamRZ 1991, 103, 104; Vorbem 289 zu Art 18 EGBGB), zur internationalen Zuständigkeit deutscher VormG s deshalb Art 1, 4, 8, 9 MSA, zum anwendbaren Recht Art 2 MSA.

§ 1686

Der Beistand hat innerhalb seines Wirkungskreises den Vater oder die Mutter bei der Ausübung der elterlichen Sorge zu unterstützen.

E I § 1540, II § 1578, III § 1665. Mot IV 800; Prot IV 614. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22 sowie SorgeRG Art 1 Nr 32.

1 I. Normbedeutung

Die Vorschrift umschreibt generalklauselartig Funktionen und Aufgaben des einfachen Beistands (s auch § 1689 als Sonderregelung; anderes gilt für den Beistand nach § 1690). Die früher in HS 2 vorgesehene Anzeigepflicht ist durch das SorgeRG (Art 1 Nr 32) aufgehoben worden, um das Freiwilligkeitsprinzip sowie die rein unterstützende Funktion des Beistands zu betonen. Aus § 1686 folgt, daß der Beistand **dem Elternteil** bestellt ist und nicht dem Kind (konzeptionell anders, aber unklar § 30 KJHG: Unterstützung des Kindes, aber diesbezüglicher Anspruch nur der Eltern, § 27 KJHG). Folgerichtig hat der Beistand **keine unmittelbaren Handlungsbefugnisse gegenüber dem und mit Wirkung für das Kind**. Andererseits dient auch das Rechtsinstitut der Beistandschaft letztlich dem Kindesinteresse, die Beistandstätigkeit zielt auf bessere Kindeswohlverwirklichung durch den Elternteil (PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; MünchKomm-HINZ § 1685 Rz 11). Demgemäß haftet das Kindesvermögen für Vergütungsansprüche des Beistands (§ 1691 Rz 6), umgekehrt der Beistand dem Kind für Pflichtverletzungen (§ 1691 Rz 5). Deshalb steht der Beistand trotz Fehlens unmittelbarer Handlungsbefugnisse **in einem Rechtsverhältnis nicht nur zum Elternteil, sondern auch zum Kind** (MünchKomm-HINZ § 1685 Rz 11; GERNHUBER § 52 IV 4).

2 II. Einzelheiten

1. Der Wirkungskreis des Beistands ergibt sich aus der gerichtlichen Bestellung, er ist dort so genau wie möglich zu umschreiben. Innerhalb der bezeichneten Thematik hat der Beistand den Elternteil zu unterstützen ungeachtet des Umstands, ob der Elternteil für das Kind als gesetzlicher Vertreter oder in eigenem Namen handelt – es kommt nur darauf an, daß der Sache nach Sorgerechtsaufgaben wahrgenommen werden (vgl LG Berlin FamRZ 1991, 103, 104 für die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen in eigenem Namen, § 1629 Abs 3).

- 3 2. Unterstützung** bedeutet interne Hilfe für den Elternteil durch Rat und Anleitung; auf Grund rechtsgeschäftlicher Vollmacht kann der Beistand auch für das Kind handeln. Die Entscheidungs- und Handlungskompetenz des Elternteils bleibt grundsätzlich unberührt. Meinungsverschiedenheiten sind intern zu schlichten, § 1630 Abs 2 gilt nicht (s aber § 1690 Rz 6). Allerdings hat der Elternteil dem Beistand die zur Wahrnehmung seiner Funktionen notwendige *Auskunft* zu erteilen und *Einsicht in Schriftstücke* zu gewähren (GERNHUBER § 52 II 4; MünchKomm-HINZ Rz 4; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; aA BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4). Will der Elternteil dies vermeiden, kann er die Aufhebung der Beistandschaft beantragen.
- 4 3. Aus der mittelbaren Fürsorgepflicht des Beistands auch dem Kind gegenüber** ergibt sich sein **Beschwerderecht in Personensorgesachen** gem § 57 Abs 1 Nr 9 FGG. Desweiteren kann – trotz Aufhebung der **Anzeigepflicht** in zweiten HS – eine Pflicht des Beistands gegenüber dem Kind bestehen, das VormG auf **drohende Gefährdungen** im Bereich seines Wirkungskreises hinzuweisen: Ein gerichtlich bestellter Beistand, der Kindesgefährdungen tatenlos zusehen könnte, ist nicht vorstellbar (ähnl MünchKomm-HINZ Rz 1, 5; vgl auch SOERGEL-STRÄTZ Rz 2). Allerdings be-

schränkt sich diese Anzeigepflicht (mit der Folge einer Haftung des Beistands für Schäden) auf Fälle, die das staatliche Wächteramt auslösen (insbes §§ 1666 ff); zur Anzeige »schlichter Pflichtwidrigkeiten« (vgl § 1666 Rz 67, 69) und bloßer Meinungsverschiedenheiten mit dem Elternteil (vgl Rz 3) ist der Beistand weder verpflichtet noch berechtigt – damit untergräbt er nur seine Hilfspflicht.

§§ 1687, 1688

(Die Vorschriften betrafen die Genehmigungspflichtigkeit elterlicher Geschäfte durch den Beistand bzw die Anlegung von Kindesvermögen. Beide Vorschriften sind durch Art 1 Nr 3 des NEhelG von 1969 aufgehoben worden.)

§ 1689

Ist ein Vermögensverzeichnis einzureichen, so ist bei der Aufnahme des Verzeichnisses der Beistand zuzuziehen; das Verzeichnis ist auch von dem Beistande mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit zu versehen. Ist das Verzeichnis ungenügend, so kann, sofern nicht die Voraussetzungen des § 1667 vorliegen, das Vormundschaftsgericht anordnen, daß das Verzeichnis durch eine zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird.

E II § 1581, III § 1668. Prot IV 555, 616; VI 301. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22 und SorgeRG Art 1 Nr 33.

I. Allgemeines

1. Normbedeutung

1

Die Vorschrift betrifft die Mitwirkung des Beistands nach § 1685 bei der Erstellung eines Vermögensverzeichnisses; sie enthält die einzige gesetzliche Konkretisierung der in § 1686 allgemein umschriebenen Beistandspflichten (weitere Regelungen in §§ 1687, 1688 aF sind aufgehoben worden). Die in S 2 angeordnete Sanktion öffentlicher Inventarerrichtung war vor dem SorgeRG durch Verweis auf den (aufgehobenen) § 1682 Abs 2 aF geregelt, nach Wegfall dieser Vorschrift bedurfte es einer unmittelbaren Regelung in § 1689 (BT-Drucks 8/2788, 67).

Für den Beistand nach § 1690 gilt die Vorschrift nicht, dort obliegt die Inventarpflicht von vornherein (nur) dem Beistand (vorbehaltlich der Fühlungnahme mit dem Elternteil gem § 1690 Abs 2 S 2).

2. Textgeschichte

2

Die ursprünglich in § 1692 aF enthaltene Vorschrift wurde durch das GleichberG 1957 (Art 1 Nr 22) geändert und hierher gesetzt. Das SorgeRG (Art 1 Nr 33) formulierte den S 2 neu.

II. Tatbestand

3

Die Vorschrift setzt tatbestandlich voraus (1) einen bestellten Beistand nach § 1685 und (2) eine Pflicht des Elternteils zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses. Eine derartige Pflicht kann aus §§ 1640, 1667 Abs 2 S 1 oder 1683 folgen.

4 III. Rechtsfolgen

Bei der Aufnahme des Verzeichnisses hat der Beistand das Recht und die Pflicht zur Mitwirkung – die Vorschrift begründet damit auch eine Zusatzpflicht des inventarpflichtigen Elternteils. Der Beistand hat das Verzeichnis mit einer eigenen Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit zu versehen (entsprechende Elternpflichten in §§ 1640 Abs 1 S 1, 1667 Abs 2 S 2).

- 5 Ist das Verzeichnis ungenügend (gleich, ob der Beistand pflichtgemäß mitgewirkt hat oder nicht), kann das VormG gem S 2 öffentliche Inventarerrichtung anordnen, sofern nicht vorrangige Maßnahmen gem § 1667 bei Gefährdung des Kindesvermögens in Betracht kommen. Eine letztwillige Befreiung von dieser Sanktion durch den vorverstorbenen Elternteil kommt (anders als nach §§ 1689 S 2, 1682 Abs 2 S 2 aF) nicht mehr in Betracht (§ 1640 Abs 2 Nr 2 ist nicht in Bezug genommen und läßt im übrigen auch schon die Inventarpflicht entfallen, vgl MünchKomm-HINZ Rz 3). Unberührt bleibt eine Haftung des Beistands für Pflichtwidrigkeiten (s § 1691 Rz 5).

§ 1690

Das Vormundschaftsgericht kann auf Antrag des Vaters oder der Mutter dem Beistande die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen und die Vermögenssorge übertragen; die Vermögenssorge kann auch teilweise übertragen werden.

Der Beistand hat, soweit das Vormundschaftsgericht eine Übertragung vornimmt, die Rechte und Pflichten eines Pflegers. Er soll in diesen Angelegenheiten mit dem Elternteil, dem er bestellt ist, Fühlung nehmen.

E II § 1582, III § 1669; Prot IV 614. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; FamRÄndG Art 1 Nr 7; NEheIG Art 1 Nr 24; SorgeRG Art 1 Nr 34.

I. Allgemeines

1 1. Normbedeutung

Die Vorschrift gestattet eine Erweiterung der Funktionen des Beistands von der bloßen Unterstützung (§ 1686) zur partiell **ersetzenden Übernahme elterlicher Sorgaufgaben** (vgl § 1685 Rz 1). Der Beistand nach § 1690 hat folglich nicht die Rechtsstellung eines Gegenvormunds, sondern eines **Pflegers** (Abs 2 S 1); im Übertragungsbereich ist die Sorgemacht des Elternteils ausgeschlossen (§ 1630 Abs 1), der Beistand ist insoweit (alleiniger) **gesetzlicher Vertreter des Kindes** (BGH FamRZ 1981, 865; OLG Düsseldorf FamRZ 1985, 641, 642; vgl zur Pflegerstellung im allgemeinen BGHZ 48, 147, 159).

Auch diese intensivere Form der Beistandschaft beruht auf dem **Freiwilligkeitsprinzip** (zur Aufhebung auf Antrag s § 1692 Rz 6). Der Sache nach enthält die Vorschrift damit eine Ausnahme vom Grundsatz der Unverzichtbarkeit und Unübertragbarkeit elterlicher Sorge (MünchKomm-HINZ Rz 1; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 2; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2) – allerdings mit zwischengeschalteter gerichtlicher Kontrolle (unten Rz 5).

Auf den Beistand nach § 1690 sind die allgemeinen Regeln der §§ 1685-1692 anwendbar, soweit sich nicht aus seiner besonderen Funktion und Pflegerstellung etwas anderes ergibt.

2. Textgeschichte

Die Vorschrift, ursprünglich § 1693 aF, wurde durch das GleichberG 1957 (Art 1 Nr 22) auf beide Elternteile ausgedehnt und durch das FamRÄndG 1961 (Art 1 Nr 7) hinsichtlich der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen erweitert (vgl unten Rz 3). Das NEhelG 1969 (Art 1 Nr 24) fügte Abs 2 S 2 ein, das SorgeRG 1979 schließlich brachte sprachliche Anpassungen (Art 1 Nr 34).

II. Voraussetzungen und gerichtliche Entscheidung

1. Tatbestandliche Voraussetzungen

Das Gesetz geht davon aus, daß ein Beistand nach § 1685 schon bestellt ist und ihm nunmehr weitergehende Befugnisse übertragen werden sollen. Zulässig ist jedoch auch die Verbindung einer Erstbestellung des Beistands mit einer Übertragung nach § 1690 (MünchKomm-HINZ Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3).

In jedem Fall ist auch für § 1690 erforderlich, daß die elterliche Sorge für jenen Bereich, der dem Beistand übertragen werden soll, dem Elternteil **allein zusteht** (ie § 1685 Rz 6, 7): Also die *Vermögenssorge*, soweit diese ganz oder teilweise (Abs 1 HS 2) vom Beistand wahrgenommen werden soll, und/oder die *Personensorge* hinsichtlich der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen (zur Zugehörigkeit zur Personensorge vgl § 1671 Rz 46; für diesen Sorgebereich werden am häufigsten Beistandschaften beantragt).

Weiterhin bedarf es eines **Antrags** des alleinsorgeberechtigten Elternteils. Der 4 Übertragungsbereich ist genau zu kennzeichnen, er kann enger gefaßt sein als der Wirkungskreis des schon bestellten oder gleichzeitig zu bestellenden Beistands nach § 1685. Da auf den in § 1690 bezeichneten Gebieten auch eine schlicht unterstützende Beistandschaft möglich ist, ist schon im Antrag deutlich zu machen, ob eine Sorgerechtsübertragung gem § 1690 gewünscht wird (zu späteren Abgrenzungsschwierigkeiten bei unklaren Anträgen und Entscheidungen s BGH FamRZ 1981, 865 f; OLG Düsseldorf FamRZ 1985, 641, 642).

Der Antrag kann, wie bei § 1685, *bedingt oder befristet* oder auf eine *bestimmte Person* beschränkt sein (PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4). Er kann eine *Befreiung* des Beistands iSd §§ 1852 ff (iVm § 1915 Abs 1, § 1690 Abs 2 S 1) vorsehen, da der Beistand einem benannten Vormund gleichzustellen ist (GERNHUBER § 52 II 5 Fn 11; Münch-Komm-HINZ Rz 3; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; aA DÖLLE II § 99 IV 5 Fn 47 und Vorauffl § 1691 Rz 13).

2. Gerichtliche Entscheidung

Im Gegensatz zu § 1685, wo das VormG dem elterlichen Antrag stattgeben *muß*, steht die Übertragung gem § 1690 im **pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts**. Damit wird sichergestellt, daß der Elternteil sich seiner Sorgeverantwortung nicht willkürlich entledigen kann, sondern nur bei sachlichen Gründen. Dabei sind vor allem die **Kindesinteressen** zu berücksichtigen. Hält das Gericht die beantragte Übertragung für ungerechtfertigt, kann es sie ablehnen oder in engerem Umfang als beantragt vornehmen (etwa begrenzt auf einen Vermögensgegenstand). Ist noch kein Beistand vorhanden, kann im Antrag nach § 1690 ein weniger weitreichender Antrag gem § 1685 enthalten sein (Auslegungsfrage), dem bei Ablehnung des Übertra-

gungsantrags stattzugeben ist. Eine Übertragung gem § 1690 *über einen Antrag hinaus* würde gegen das Freiwilligkeitsprinzip verstoßen (MünchKomm-HINZ Rz 4; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5).

Zur Zuständigkeit und Verfahren s § 1685 Rz 12; der unterhaltspflichtige Elternteil, gegen den der Beistand Ansprüche des Kindes geltend machen soll, hat gegen die Bestellung kein Beschwerderecht (LG Berlin DAVorm 1983, 522; DAVorm 1975, 313 f; LG Stuttgart DAVorm 1972, 453).

6 III. Rechtsfolgen

Zur grundsätzlichen Rechtsstellung des Beistands nach § 1690 s Rz 1. Meinungsverschiedenheiten mit dem im übrigen sorgeberechtigten Elternteil in Überschneidungsbereichen sind nach § 1630 Abs 2 zu schlichten (Richterentscheid, § 14 Nr 5 RPflG). Auch in seinem Wirkungskreis ist der Beistand zur Fühlungnahme mit dem Elternteil verpflichtet (Abs 2 S 2); unterläßt er dies, wird dadurch allerdings nicht die Wirksamkeit seiner Handlungen für das Kind berührt (allgM).

- 7 Nach Bestellung des Beistands für die Vermögenssorge hat der Elternteil das Kindesvermögen herauszugeben und auf Verlangen Rechenschaft abzulegen (§ 1698). Aus dem gem Abs 2 S 1 anwendbaren **Pflegschaftsrecht** (bzw – über § 1915 – Vormundschaftsrecht) ergibt sich für den Beistand insbes die Pflicht zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses bei Antritt seines Amtes (§ 1802) sowie zur jährlichen Rechnungslegung (§§ 1840 ff); es gelten die Mündel-Schutzvorschriften der §§ 1805 ff sowie die Genehmigungserfordernisse der §§ 1821 ff. Soweit angemessen, kann der Pfleger-Beistand eine *Vergütung* verlangen (§ 1836 Abs 1 S 2 1. Alt; zum allgemeinen Beistand s § 1691 Rz 6).

Hinsichtlich weiterer Einzelheiten betr Aufwendungsersatz, Aufsicht, Haftung und Beendigung der Beistandschaft s Erl zu §§ 1691, 1692.

§ 1691

Für die Bestellung und Beaufsichtigung des Beistandes, für seine Haftung und seine Ansprüche, für die ihm zu bewilligende Vergütung und für die Beendigung seines Amtes gelten die gleichen Vorschriften wie bei dem Gegenvormund.

Das Amt des Beistandes endet auch dann, wenn die elterliche Sorge des Elternteils, dem der Beistand bestellt ist, ruht.

E I § 1543, II § 1583, III § 1670. Mot IV 801; Prot IV 616; VI 301. Neugefaßt durch GleichberG Art I Nr 22.

I. Allgemeines

1 1. Normbedeutung

Die Vorschrift gilt primär für den schlicht **unterstützenden Beistand nach § 1685**: Nachdem dessen Funktionen in §§ 1686, 1689 bezeichnet sind, wird in § 1691 seine **allgemeine Rechtsstellung** durch pauschalen Verweis auf das Recht der **Gegenvormundschaft** (§ 1792) geregelt (obwohl der Beistand seine Kontrollfunktionen heute verloren und somit mit dem Gegenvormund kaum noch etwas gemein hat, vgl GERNHUBER § 52 II 6). Der Verweis umfaßt auch das gesetzliche Ende der Beistandschaft, während für die gerichtliche Aufhebung in § 1692 eine Sonderregelung enthalten ist.

Die Vorschrift gilt **subsidiär jedoch auch für den Beistand nach § 1690**, soweit sich für diesen aus dem vorrangig anwendbaren Pflegschaftsrecht (§§ 1690 Abs 2 S 1, 1909 ff) nichts anderes ergibt. Da sowohl für die Pflegschaft wie für den Gegenvormund weitgehend auf das Vormundschaftsrecht verwiesen wird (§§ 1915 Abs 1 bzw 1792 Abs 4), sind die Unterschiede praktisch nicht groß.

2. Textgeschichte

2

Das GleichberG 1957 (Art 1 Nr 22) hat die ursprünglich in § 1694 aF enthaltene Regelung hierher versetzt und inhaltlich leicht geändert.

II. Die Rechtsstellung des Beistands im einzelnen

1. Bestellung

3

Zur Bestellung des Beistands s schon § 1685 Rz 11, § 1690 Rz 5. Hat der Elternteil seinen Antrag nicht auf eine bestimmte Person beschränkt, so sind für die **Auswahl der Beistandsperson** über §§ 1691 Abs 1, 1792 Abs 4 die §§ 1779-1791 c maßgeblich. Das Jugendamt hat dem Gericht entsprechende Vorschläge zu machen, § 53 Abs 1, 4 KJHG (zur eigenen Nachforschungspflicht des Gerichts LG Oldenburg DAVorm 1976, 675; LG Berlin DAVorm 1979, 298, 300). Die Verpflichtung zur Übernahme und Ablehnungsrechte bestimmen sich nach §§ 1785-1788; gegen einen Beschluß, der die Weigerung zur Übernahme zurückweist, kann sofortige Beschwerde eingelegt werden (§ 60 Abs 1 Nr 2 FGg). Ist keine geeignete natürliche Person vorhanden, kann zum Beistand auch das Jugendamt selbst (§§ 1792 Abs 1 HS 2, 1791 b Abs 1 S 1) oder ein rechtsfähiger Verein bestellt werden (§§ 1791 a iVm 54 Abs 1 KJHG).

Die **Bestellung** erfolgt in der Form des § 1789, mit ihr erlangt der Beistand sein Amt, auch wenn die Bestellung rechtsfehlerhaft war (bis zur vormundschaftsgerichtlichen Feststellung der Fehlerhaftigkeit, KG JFG 3, 43, 45; MünchKomm-HINZ Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3). Die Aushändigung der Bestallungsurkunde gem § 1791 hat keine konstitutive Bedeutung; sie hat den sachlichen Wirkungskreis der Beistandschaft genau zu bezeichnen und muß erkennen lassen, ob eine Sorgerechtsübertragung nach § 1690 vorgenommen worden ist.

2. Beaufsichtigung

4

Die **Aufsicht durch das VormG** bestimmt sich nach § 1837, der Beistand hat nach § 1839 Auskunft zu erteilen. Der Pfleger-Beistand gem § 1690 hat darüberhinaus Rechnung zu legen (§§ 1690 Abs 2, 1915, 1840).

Das **Jugendamt** hat den Beistand in seiner Amtsführung zu beraten und zu unterstützen (§ 53 Abs 2, 4 KJHG); der Beistand nach § 1690 unterliegt weitergehend sogar der Aufsicht durch das Jugendamt (§ 53 Abs 3, 4 KJHG, mit Anzeige- und Auskunftspflicht des Jugendamts gegenüber dem VormG).

3. Haftung

5

Für die Haftung des Beistands gilt § 1833 (vgl §§ 1833 Abs 1 S 2, 1691 Abs 1 oder 1690, 1915). Das demnach erforderliche Verschulden kann fehlen, wenn das VormG eine im Einzelfall notwendige Genehmigung erteilt hat (RG WarnRspr 1939 Nr 8). Personalmangel beim zum Beistand bestellten Jugendamt entlastet nicht

unbedingt, er kann unter dem Gesichtspunkt des Organisationsverschuldens zur Haftung verpflichten (KG DAVorm 1975, 439). Auch strafrechtliche Verantwortlichkeit des Beistands (Untreue) kommt in Betracht (OLG Braunschweig NJW 1961, 2030).

6 4. Vergütung und sonstige Ansprüche

Jede Beistandschaft ist grundsätzlich *unentgeltlich* zu führen (§ 1836 Abs 1 S 1). Dem Pfleger-Beistand gem § 1690 kann das VormG jedoch eine Vergütung bewilligen, wenn dies in Anbetracht seiner Tätigkeit und des Umfangs des Kindesvermögens angemessen erscheint (§§ 1836 Abs 1 S 2 m 1915, 1690 Abs 2 S 1). Der nur unterstützende Beistand gem § 1685 hat einen Vergütungsanspruch demgegenüber nur bei „besonderen Gründen“ (§ 1836 Abs 1 S 2 2. Alt), also nur bei außergewöhnlichen Umständen, die eine unentgeltliche Amtsführung unbillig erscheinen lassen (vgl OLG Hamm OLGZ 1971, 307). Eine *volle* Entschädigung steht ihm aber auch in diesem Fall nicht zu (KG OLG 42, 112; OLG Hamburg OLG 33, 2).

Ansprüche auf **Aufwendungsersatz** ergeben sich für jede Art Beistand aus § 1835 Abs 1, 2.

Schuldner der vorerwähnten Ansprüche ist das **Kind**, da die Beistandstätigkeit letztlich seinen Interessen dient (OLG Celle FamRZ 1961, 385 = NJW 1961, 77).

7 5. Ende der Beistandschaft

Die **Beistandschaft als solche** endet mit der elterlichen Sorge des beantragenden Elternteils (Volljährigkeit oder Tod des Kindes, Tod des Elternteils sowie alle gesetzlichen Entzugs- oder Beendigungsgründe; zur gerichtlichen Aufhebung s § 1692). Es genügt Ende oder Entzug des Sorgerechts in dem Teilbereich, für den Beistandschaft angeordnet ist. Das *Ruhen des Sorgerechts* hat dieselbe Wirkung (Abs 2).

Endet nur das **Amt des bestellten Beistands** (Entlassung, Tod), kann die Beistandschaft als solche fortbestehen: War der elterliche Antrag nicht auf diese Person beschränkt und ist er als fortbestehend anzusehen, muß das VormG einen neuen Beistand bestellen (vgl Rz 3; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 10).

Die **Abwicklungspflichten** ergeben sich für den unterstützenden Beistand aus § 1891 Abs 2 (Auskunftserteilung), der Pfleger-Beistand ist weitergehend zur Herausgabe des Kindesvermögens und zur Rechnungslegung verpflichtet, §§ 1890, 1915, 1690 Abs 2 S 1. Für die einstweilige Geschäftsführung gelten §§ 1698 a, 1698 b (iVm §§ 1893, 1895).

§ 1692

Das Vormundschaftsgericht soll die Bestellung des Beistandes und die Übertragung der Vermögenssorge auf den Beistand nur mit Zustimmung des Elternteils, dem der Beistand bestellt ist, aufheben.

E II §§ 1582 S 2, 1584, III § 1671. Prot IV 616. Neugefaßt durch GleichberG Art I Nr 22; SorgeRG Art I Nr 34.

I. Allgemeines**1. Normbedeutung**

1

Die Vorschrift betrifft die **gerichtliche Aufhebung der Beistandschaft** (Beendigung kraft Gesetzes: § 1691), enthält aber nur eine unvollständige und mißverständliche Regelung. Angesprochen ist nur die gerichtliche Aufhebung ohne entsprechenden Elternantrag (zum elterlichen Aufhebungsantrag Rz 6); für diesen Fall unterstellt das Gesetz eine richterliche Aufhebungsmöglichkeit, die teilweise gar nicht besteht (Rz 3).

In ihrer Grundtendenz will die Vorschrift verhindern, daß die von einem Elternteil erbetene Beistandschaft gegen seinen Willen aufgehoben wird. Die Fundierung der Beistandschaft auf dem Elternwillen (§ 1685 Rz 2) findet hier ihre Ergänzung. Eine Aufhebung kommt jedoch nur in Betracht, wenn die Beistandschaft nicht schon kraft Gesetzes geendet hat (vgl § 1691 Rz 7).

2. Textgeschichte

2

Die ursprünglich in § 1695 Abs 2 aF untergebrachte Regelung wurde durch das GleichberG 1957 (Art 1 Nr 22) geändert und hierhergesetzt (§ 1692 aF findet sich jetzt in § 1689). Das SorgeRG 1979 (Art 1 Nr 34) paßte die Vorschrift sprachlich an.

II. Gerichtliche Aufhebung ohne Elternantrag**1. Grundsätzliche Aufhebungscompetenz des Gerichts**

3

Eine **Beistandschaft nach § 1685** ist zwingend anzuordnen, wenn ein Elternteil sie beantragt, Zweckmäßigkeitsprüfungen sind dem Gericht verschlossen (§ 1685 Rz 11). Hieraus folgt, daß eine **gerichtliche Aufhebung ohne entsprechenden Elternantrag grundsätzlich unzulässig** ist (LG Hamburg DAVorm 1984, 418 f; Münch-Komm-HINZ Rz 7) – auch hinsichtlich des Bestandes der Beistandschaft ist der Elternwille verbindlich (für **Ausnahmen** s Rz 5).

Anderes gilt für die **Beistandschaft nach § 1690**: Hier liegt die Bestellung im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, gleichermaßen also auch die Aufhebung (vgl § 1690 Rz 5).

2. Gerichtliche Aufhebung

4

Soweit eine gerichtliche Aufhebung demnach zulässig ist, soll sie nur mit Zustimmung des Elternteils erfolgen, dem der Beistand bestellt ist. Eine Verletzung dieser **Sollvorschrift** berührt nicht die Wirksamkeit der Aufhebung, gleiches gilt für eine mangels Antrags unzulässige Aufhebung einer Beistandschaft nach § 1685 (PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; MünchKomm-HINZ Rz 2; in der Rechtsmittelinstanz selbstverständlich Aufhebung des Aufhebungsbeschlusses, vgl LG Hamburg DAVorm 1984, 418; uU Staatshaftung gem Art 34 GG, § 839 BGB).

Aus **Rechtsgründen** kann eine Aufhebung der Beistandschaft (auch solche gem § 1685) **ausnahmsweise ohne elterliche Zustimmung** zulässig sein, wenn entweder die *gesetzlichen Bestellungs Voraussetzungen* von Anfang an nicht vorgelegen haben (zB Elternantrag) oder später weggefallen sind (zB elterliche Alleinsorge). Da bei einem Verlust der elterlichen Sorge die Beistandschaft schon kraft Gesetzes endet (§ 1691 Rz 7), kommt insoweit nur der Fall des *Wiederauflebens gemeinsamen*

Sorgerechts der Eltern in Betracht, etwa beim Wegfall des Ruhens beim anderen Elternteil (§§ 1673, 1674 Abs 2) oder im Fall des § 1670 Abs 2 (DONAU MDR 1958, 6, 8; MünchKomm-HINZ Rz 4; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4). Eine weitere Ausnahme gilt, wenn *Entlassungsgründe* der §§ 1886 ff beim bestellten Beistand vorliegen (MünchKomm-HINZ Rz 6, 7). **Kein Aufhebungsgrund** liegt in der Anordnung jugendhilferechtlicher Beistandsleistungen nach §§ 18 Abs 1 oder 30 KJHG (so aber MünchKomm-HINZ Rz 4; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4; zweifelnd LG Hamburg DAVorm 1984, 418, 419), da diese auch einer Bestellung nach § 1685 nicht entgegenstehen (s § 1685 Rz 4, 11).

6 III. Elterlicher Aufhebungsantrag

Das die Beistandschaft beherrschende **Freiwilligkeitsprinzip** (§ 1685 Rz 2; § 1690 Rz 1) bedeutet, daß einem elterlichen Aufhebungsantrag stets **stattgegeben werden muß**. Andernfalls bestünden Eingriffe in die elterliche Sorge oder Belastungen (in Form der einfachen Beistandschaft), die weder durch den Elternwillen noch durch Vorschriften des Kindesschutzrechts legitimiert sind (LG Berlin FamRZ 1973, 603, 604; GERNHUBER § 52 II 3; MünchKomm-HINZ Rz 8; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2). Die Gegenmeinung bezieht sich auf einen überholten Gesetzesstand und ist nicht mehr haltbar (vgl KG OLG 23, 414, 416; ERMAN-MICHALSKI § 1685 Rz 4, § 1692 Rz 1; DÖLLE II § 99 VI 1; Voraufll Rz 4).

7 IV. Zuständigkeit und Verfahren

Die örtliche Zuständigkeit des VormG ergibt sich aus §§ 43, 36 FGG. Gegen die Aufhebung der Beistandschaft oder die Zurückweisung seines Aufhebungsantrags steht dem Elternteil die einfache Beschwerde zu (§ 20 Abs 1 FGG). Weitere Beschwerdeberechtigungen können sich aus § 59 FGG (Kind ab 14 Jahre, Personensorgesachen) oder § 57 Abs 1 Nr 9 FGG ergeben (interessierte Dritte).

§ 1693

Sind die Eltern verhindert, die elterliche Sorge auszuüben, so hat das Vormundschaftsgericht die im Interesse des Kindes erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

E I § 1544; II § 1556 Abs 1; III § 1642. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 9 § 2 Nr 3.

I. Allgemeines

1 1. Normbedeutung

Die Vorschrift ist Ausdruck der (subsidiären) staatlichen Mitverantwortung für Kinder (Art 6 Abs 2 S 2 GG). Diese drückt sich nicht nur im klassischen „Wächteramt“ aus, wonach der Staat schützend und die elterliche Sorgemacht zurückdrängend eingzugreifen hat, wenn die sorgerechtsfähigen Eltern ihre Befugnisse mißbrauchen oder sonst versagen und das Kind dadurch gefährdet wird (§§ 1666, 1666 a und verwandte Vorschriften). Die subsidiäre Verantwortung des Staates verpflichtet ihn auch, **anstelle der Eltern einzuspringen und unmittelbar für das Kind zu handeln**, wenn und solange die Eltern an der Wahrnehmung ihrer Sorgaufgaben **verhindert** sind. Das gerichtliche Handeln nach § 1693 **schränkt die elterliche Sorgemacht nicht**

ein (OLG Stuttgart RJ 11, 8, 9; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 2), es tritt vielmehr **ergänzend** in die durch den elterlichen Ausfall entstandene Lücke. Konzeptionell ist § 1693 auf die **einstweilige Interessenwahrung des Kindes in dringlichen Fällen** beschränkt, in denen nicht gewartet werden kann, bis die Eltern wieder sorgerechtsfähig sind oder – bei längerem Ausfall – dauerhafte Schutzmaßnahmen für das Kind getroffen werden (§§ 1674 Abs 1, 1666 ff, jeweils mit der Konsequenz einer Vormund- oder Pflegerbestellung).

Eine entsprechende Regelung gilt bei Fehlen oder Verhinderung des Vormunds (§ 1846), kraft Verweises auch im Pflegschaftsrecht (§ 1915 Abs 1) und im Betreuungsrecht (§ 1908 i Abs 1).

2. Textgeschichte

2

Die Vorschrift entspricht § 1665 aF, sie ist durch das GleichberG 1957 (Art 1 Nr 22) neu gefaßt und durch das SorgeRG 1979 sprachlich angepaßt worden.

II. Voraussetzungen

3

Die Eltern müssen **an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert** sein, entweder insgesamt oder für einen Teilbereich – möglicherweise auch nur für eine einzelne Sorgemaßnahme (KG JFG 12, 96; KG DFG 1943, 39; MünchKomm-Hinz Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3). Die elterliche Sorge muß für diesen Bereich **ersatzlos** ausgefallen sein, die Verhinderung muß also bei beiden Eltern oder beim alleinsorgeberechtigten Elternteil bestehen. § 1693 verleiht keine gerichtliche Handlungsbefugnis, wenn bei Ausfall eines Elternteils der andere das Sorgerecht allein wahrnimmt (§§ 1678, 1680, 1681; anders bei § 1629 Abs 2 S 1: Die Verhinderung eines Elternteils disqualifiziert hier nach hM auch den anderen, PALANDT-DIEDERICHSEN § 1629 Rz 14). Das gleiche gilt, wenn die Eltern für den Verhinderungsfall hinreichend Vorsorge getroffen haben, zB durch rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung oder Einsetzung einer Betreuungsperson. Ausnahmsweise können in diesem Fall dennoch gerichtliche Maßnahmen nach § 1693 notwendig werden, wenn die Vorsorgemaßnahme nicht ausreicht oder die Hilfsperson ihrerseits ausfällt oder nicht im Elternsinne tätig wird (MünchKomm-Hinz Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3).

Die **Art der elterlichen Verhinderung** ist gleichgültig, es kommen **tatsächliche** (§ 1678 Abs 1) oder **rechtliche Verhinderungen** in Betracht (§§ 1673, 1674, 1629 Abs 2 S 1). Auch die **Dauer der Verhinderung** ist unerheblich – es genügt, wenn gerade im Verhinderungszeitraum Sorgemaßnahmen notwendig werden, die nicht ohne Nachteil für das Kind aufgeschoben werden können (vgl MünchKomm-Hinz Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3). Insbes können Maßnahmen nach § 1693 dazu dienen, eine längere Verfahrensdauer bei der Feststellung der Tatbestände der §§ 1673, 1674 oder auch des § 1666 und der gerichtlichen Anordnung von Vormundschaft oder Pflegschaft zu überbrücken (vgl § 1674 Rz 21). An die Feststellung der Verhinderung iSd § 1693 sind dabei nicht die gleichen Anforderungen zu stellen wie bei § 1674 Abs 1, sonst liefe die Schutzfunktion des § 1693 leer: Es genügt hinreichender Anlaß zu der Annahme, daß die Eltern verhindert sind, sowie ein dringendes Regelungsbedürfnis (KG FamRZ 1962, 200; vgl BayObLGZ 1961, 243, 249; BayObLG FamRZ 1979, 71, 73; MünchKomm-Hinz Rz 3; aA PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 6). Behaupten und beanspruchen jedoch zB geistig oder auf Grund äußerlicher Umstände behinderte Eltern ihre Sorgerechtsfähigkeit, so ist Zurückhaltung geboten – § 1693 ist kein bequemes Mittel zur

Umgehung tatbestandlicher Eingriffsvoraussetzungen in anderen Vorschriften (insoweit noch bedeutsam OLG Stuttgart RJ 11, 8f; vgl. noch Rz 4).

- 4 Kein Anwendungsfall des § 1693** ist gegeben, wenn **objektiv sorgerechtsfähige Eltern ihrer Sorgerechtsverantwortung nicht nachkommen** – hier liegt Vernachlässigung oder sonstiges elterliches Versagen vor, dem ausschließlich gem §§ 1666 ff zu begegnen ist (möglicherweise auch durch vorläufige Anordnung). Dies gilt auch, wenn die grundsätzlich sorgerechtsfähigen Eltern Maßnahmen treffen, die das Gericht für sachlich ungeeignet hält **+** nicht eine Verhinderung an der »richtigen« Entscheidung, sondern an Sorgerechtsmaßnahmen schlechthin erfüllt den Tatbestand des § 1693 (KG DFG 1943, 39, 40 [angeblich unsachgemäße Weisungen des im Felde stehenden Vaters]; vgl. MünchKomm-HINZ Rz 2; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4).

5 III. Erforderliche Maßregeln

Aus dem Normzweck (Rz 1) folgt, daß die vom Gericht zu treffenden Maßregeln **nur zur einstweiligen Erledigung eines unaufschiebbaren Regelungsbedürfnisses dienen dürfen** – weitergehende Vorgriffe auf endgültige Regelungen sind unzulässig (KG JFG 14, 204, 206 f; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 2 [„nur das unbedingt Erforderliche“]). Damit ist eine volle Erledigung einer Sachfrage nicht ausgeschlossen, maßgebliches Kriterium ist allein die Unaufschiebbarkeit.

- 6** Die Maßnahmen stehen im übrigen im **pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts**. Das Gericht kann die Fürsorge durch Dritte sicherstellen (Pfleger, Prozeßvertreter), aber auch unmittelbar selbst für das Kind handeln in Vertretung des Kindes oder durch Maßnahmen tatsächlicher Fürsorge, zB Unterbringung (OLG Schleswig SchlHAnz 1955, 226; vgl. BayObLG FamRZ 1979, 71, 73).

7 IV. Zuständigkeit und Verfahren

Neben der allgemeinen Zuständigkeit aus §§ 43, 36 FGG besteht die besondere Fürsorgezuständigkeit gem § **44 FGG**. Innerhalb des Gerichts entscheiden Richter oder Rechtspfleger, je nach Art der zu treffenden Maßnahme (§§ 3 Nr 2 a, 14 RPfG). Beschwerdebefugnisse folgen aus § 20 Abs 1 FGG für die Eltern, § 59 für das mindestens 14jährige Kind und § 57 Abs 1 Nr 8 FGG für Verwandte und Verschwägte des Kindes. Zur Erhebung von Gebühren s §§ 95 Abs 1 S 1 Nr 2, 96 KostO.

- 8 V. Internationalprivatrechtlich** sind Maßnahmen nach § 1693 als Schutzmaßnahmen iSd Haager MSA einzustufen (s. Vorbem 290 zu Art 18 EGBGB). Maßnahmen deutscher VormG nach § 1693 können deshalb für alle Kinder mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland getroffen werden, darüber hinausgehend genügt sogar – da § 1693 Dringlichkeit der Maßnahme voraussetzt – schlichter Aufenthalt des Kindes im Inland (Art 9 MSA).

§ 1694

(Die Vorschrift betraf die Anzeigepflicht des Jugendamts gegenüber dem Vormundschaftsgericht, sie ist durch Art 1 Nr 35 Sorgerechtsgesetz 1979 aufgehoben worden; vgl. jetzt § 50 Abs 3 KJHG.)

5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

§ 1695

(Die Vorschrift betraf die persönliche Anhörung von Eltern und Kind durch das Vormundschaftsgericht, sie ist gleichzeitig mit der Neuregelung dieser Thematik in §§ 50 a, 50 b FGG durch Art 1 Nr 36 Sorgerechtsgesetz 1979 aufgehoben worden.)

§ 1696

Das Vormundschaftsgericht und das Familiengericht können während der Dauer der elterlichen Sorge ihre Anordnungen jederzeit ändern, wenn sie dies im Interesse des Kindes für angezeigt halten.

Maßnahmen nach den §§ 1666 bis 1667 und nach § 1671 Abs. 5 sind aufzuheben, wenn eine Gefahr für das Wohl des Kindes nicht mehr besteht.

Länger dauernde Maßnahmen nach den §§ 1666 bis 1667 und nach § 1671 Abs. 5 hat das Gericht in angemessenen Zeitabständen zu überprüfen.

E I § 1551 S 1; II § 1562; III § 1648. GleichberG Art 1 Nr 22; 1. EheRG Art 1 Nr 33; SorgeRG Art 1 Nr 37.

Schrifttum

S Angaben zu § 1671.

Systematische Übersicht

I. Allgemeines

1. Normbedeutung 1
2. Gesetzesgeschichte 3
3. Abgrenzung zu anderen Vorschriften 4
 - a) § 18 Abs 1 FGG 4
 - b) §§ 1666 ff, 1680 Abs 2 6
 - c) §§ 1678 Abs 2, 1681 Abs 1 S 2 8
 - d) § 1632 Abs 1 9
 - e) Einstweilige oder vorläufige Anordnungen 10

II. Die Änderung sorgerechtlicher Anordnungen gem Abs 1

1. Tatbestand 11
 - a) Änderung „jederzeit“ 11
 - b) Angezeigt im Kindesinteresse 13
 - c) Verpflichtung zur Änderung 14
2. Insbesondere Kindesschutzrecht (§§ 1666 ff, 1671 Abs 5) 16
 - a) Grundsätze 16
 - b) Aufhebungspflicht bei Gefahrwegfall, Abs 2 18
 - c) Periodische Überprüfungspflicht, Abs 3 21
3. Umgangsregelungen, § 1634 Abs 2 27
4. Sorgerechtsregelungen bei Getrenntleben der Eltern, § 1672 29
5. Sorgerechtsregelungen bei geschiedenen Eltern, § 1671 30

- a) Änderungsschwelle 30
 - aa) Problemstellung und Meinungsstand 30
 - bb) Stellungnahme 33
 - cc) Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit 38
 - b) Entscheidungsgrundsätze 40
 - c) Einzelne Problemkreise 46
 - aa) Gemeinsames Sorgerecht der Eltern 46
 - bb) Das Kind lebt seit längerem beim nicht-sorgeberechtigten Elternteil 49
 - cc) Verstöße des Sorgeberechtigten gegen § 1634 Abs 1 S 2; Umgangsvereitelungen 51
 - dd) Auswanderung oder Wegzug des Sorgeberechtigten mit dem Kind 54
 - ee) Änderungswille des Kindes 59
 - ff) Sonstige Gesichtspunkte 64
 - gg) Änderungsfolgen 71

III. Zuständigkeit und Verfahren

1. Zuständigkeit 72
2. Verfahren 73
3. Entscheidung 78
4. Rechtsmittel 80
5. Kosten 81

IV. Auslandsbezüge 82

Alphabetische Übersicht

- Adoption 26
 Änderungspflicht 14 f, 24
 Änderungsschwelle 11 ff
 – insbes für Kindesschutzmaßnahmen 16 ff
 – insbes für Sorgerecht nach Trennung/
 Scheidung 29 ff, 42 f, 46 ff, 52, 61, 75
 – insbes für Umgangsregelungen 27 f
 Ärztliche Behandlung 68
 Alkoholabhängigkeit eines Elternteils 65
 Amtsermittlungsgrundsatz 73, 75
 Anhörung 23, 74
 Antrag 12, 15, 29, 34, 45, 73, 80
 Aufenthaltsbestimmungsrecht 17, 52, 55,
 76
 Aufhebungspflicht betr Kindesschutzmaß-
 nahmen 2, 16 ff
 Aufspaltung der elterlichen Sorge 6, 30, 41
 Ausländerkind 58, 82 ff
 Aussetzung der Entscheidung 78
 Auswahlmessen 14
- Berufstätigkeit 65, 69
 Beschwerde 4, 80
 Betreuung durch Dritte 18, 25 f, 60, 65, 69
 Betreuung durch nichtsorgeberechtigten
 Elternteil 35, 37, 49 f, 62
 Beurteilungsspielraum 13 f
 Bindung 37, 48, 52 f, 56, 59, 62, 69, 78
 Bindungswirkung des Elternvorschlags s
 übereinstimmender Elternvorschlag
- Drogenabhängigkeit eines Elternteils 65
- Eignung einer Maßnahme 17, 39
 Einleitung des Änderungsverfahrens 9,
 11 f, 73
 Einstweilige Anordnung 10, 29, 41, 56, 76
 Einwanderung 50, 58, 83
 Elterlicher Primat 44
 Eltern-Kind-Verhältnis 1, 30, 65
 Elternrecht 27 f, 30 f, 33, 40
 Elternstreit 51
 Elternvorrang s elterlicher Primat
 Entfremdung 52, 54 ff
 Erforderlichkeitsgrundsatz 16, 21, 38 f
 EuKindesEÜ 50, 83
- Familienautonomie 31, 34, 36
 Fremdbetreuung s Betreuung durch Dritte
- Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung
 30, 46 ff, 66
 Geschiedene Eltern 2, 6 ff, 30 ff
 Geschlechtsumwandlung 70
 Gesellschaftsinteressen 40, 51, 83
- Getrennt lebende Eltern 2, 6 ff, 29 ff, 66
 Großeltern 17, 69
 Grundrechte des Kindes 62
- Haager KindesEÜ 50, 83
 Haager MSA 58, 82 f
 Hausbesetzung 68, 78
 Heranwachsende 62
 Herausgabeverlangen (§ 1632 Abs 1) 9, 18,
 71, 76
 Humanwissenschaftliche Erkenntnisse 34,
 37, 49, 62
- Individualisierungsgebot 24, 37, 76
 IPR 11, 50, 58 82 ff
 Islamische Familie 84
- Jugendamt 23, 25 f, 52, 74
- Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG)
 25 f, 47
 Kindesalter 25, 62
 Kindesentführung 40, 50, 83
 Kindesmißhandlung 66
 Kindesschutzmaßnahmen (§§ 1666 ff, 1671
 Abs 5) 2, 6, 8, 16 ff
 – Aufhebung 16 ff, 24
 Kindesvermögen 71
 Kindeswille 11, 17, 28, 35 f, 52, 56, 59 ff,
 66, 70
 Kindeswohl
 – als Eingriffslegitimation und/oder Ent-
 scheidungsmaßstab 1, 9, 11 ff, 16 ff, 27 f,
 31 ff, 38 ff, 46 ff, 75 f, 83 f
 – als Verfahrensrichtlinie 11 f, 22
 Kindeswohlgefährdung 12, 16 ff, 31, 36,
 38 f, 41, 75
 – im geistig-seelischen Bereich 18, 26, 34
 – im körperlichen Bereich 66
 – Wegfall 16 ff, 75
 Kindeswohlkriterien 37, 39, 59, 61, 64
 Kindeswohlprimat 1, 13, 28, 33, 40, 62
 Kleinkind 56, 69, 84
 Kontakt zum nichtsorgeberechtigten El-
 ternteil 27 f, 46, 51 ff
 Kontinuität 29, 31, 34, 37, 39, 43, 45 f,
 48 ff, 56, 61 f, 64, 84
 Kooperationsbereitschaft der Eltern 47
- Muttervorrang 69
- Nach-Scheidungsfamilie 6, 30 f, 36
 Namensänderung 66
 Neuheirat 66, 69
- Partnerschaft 66 f
 Partnerwechsel 67

5. Titel. Elterliche Sorge für eheliche Kinder

- Pfleger 7, 18, 20, 29, 41, 52, 77
 Pflegestelle 18, 25 f
 Pflichtwidrigkeit elterlichen Verhaltens 40, 50 f, 78
 Plazierungswechsel 18, 25 ff, 35 f, 38, 44, 49, 51 f, 60 ff, 76
 Promiskuität 67
 Rechtskraft 1
 Rechtsmittel 4, 12, 79 f
 Rekonstituierung der Familie 25
 Residenzmodell 46, 48
 Ruhen der elterlichen Sorge 8
 Sachverständigengutachten 74, 81
 Schule 56
 Sittenstandard 34, 40, 67 f
 Sorgerecht nach Scheidung s geschiedene Eltern
 Sorgerecht nach Trennung s getrennt lebende Eltern
 Sorgerechtsseignung 38 f, 50 ff, 62, 65
 Sorgerechtsentzug 6, 17
 Stabilitätsgrundsatz 34, 37, 39, 43, 46, 49, 61 f, 64, 69
 Steiffamilie 66
 Teilfamilie nach Scheidung 30, 34, 55, 60, 65, 73
 Tod eines Elternteils 8
 Trennung von Eltern und Kind 25
 Übereinstimmender Elternvorschlag 42 ff, 46, 48
 Überprüfungspflicht des VormG 2, 21 ff
 Übersiedlung ins Ausland 34, 50, 54 ff, 83
 Umgangspflegschaft 52
 Umgangsrecht
 – der Großeltern 17
 – des nichtsorgeberechtigten Elternteils 27 f, 30, 34, 51 ff, 76
 Umgangsvereitelung 28, 51 ff, 57, 66
 Umgangsverweigerung durch das Kind 17, 52
 Umgangsvollstreckung 17, 38, 52
 Umzug 54 ff
 Unterhalt 55, 71
 Verbleibensanordnung (§ 1632 Abs 4) 18
 Verfahren 2, 4, 7, 9, 15, 20, 22 f, 29, 73 ff
 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 7, 15 f, 38 f, 52, 78
 Vorläufige Anordnung 10, 29, 41, 76
 Vorlagepflicht 7, 29, 79
 Vormund 7, 18, 20, 29, 41, 68, 77
 Wächteramt des Staates 1, 6, 14 ff, 30 ff, 44
 Wiederheirat geschiedener Gatten 66, 77
 Wiederzusammenleben getrennter/geschiedener Gatten 29, 66
 Wohlverhaltensklausel 51 ff
 Zeitgefühl des Kindes 25
 Zuständigkeit
 – funktionale 72
 – internationale 58, 82 f
 – örtliche 72
 – sachliche 6 f, 22, 29, 39, 41, 72, 80
 Zwangsmaßnahmen 17, 38, 52

I. Allgemeines

1. Normbedeutung

1

Die Vorschrift betrifft die Änderung oder Aufhebung von gerichtlichen Sorgerechtsentscheidungen. In Gestalt einer **Generalklausel** ergänzt sie alle Tatbestände, in denen den Gerichten Regelungsbefugnisse in Sorgerechtsfragen eröffnet werden, und verdeutlicht die fortdauernde Verantwortung des Staates als „parens patriae“ für das Kindeswohl (Art 6 Abs 2 S 2 GG). Sorgerechtsentscheidungen regeln nicht abgeschlossene Vorgänge, sondern sind zukunftsgerichtete Ordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses nach Maßgabe des Kindeswohls. Deshalb erwachsen sie **nicht in materielle Rechtskraft** (BGH NJW-RR 1986, 1130; OLG Frankfurt FamRZ 1987, 394), sondern sind jederzeit abänderbar, wenn sich in der Folgezeit erweist, daß die getroffene Anordnung (auch eine frühere Änderungsentscheidung) nicht oder nicht mehr den Kindesinteressen entspricht. Die aus der Wahrung des Kindeswohls legitimierte Regelungsbefugnis bei der Erstentscheidung prägt damit auch die Anpassungsbefugnis im Wandel der Zeit.

§ 1696 begründet eine **materiellrechtliche Änderungsbefugnis** (BayObLG DAVorm 2 1984, 1048, 1054; KG FamRZ 1983, 1055, 1056; zur formellrechtlichen Korrektur gem § 18 FGG s Rz 4, 5). Das Änderungsverfahren nach dieser Vorschrift ist nicht

Fortsetzung oder erneute Aufrollung des Erstverfahrens, sondern ein neues, **selbstständiges Verfahren** mit neuem Sachverhalt und eigenständigen Entscheidungskriterien (BGHZ 21, 306, 315; BayObLG DAVorm 1982, 611, 613 mwN; FamRZ 1975, 41, 42; zu Konsequenzen für die Zuständigkeit s Rz 72). Thematisch bezieht sich die Änderungsmöglichkeit auf alle vormundschaftlichen oder familiengerichtlichen Entscheidungen im Bereich der elterlichen Sorge (§§ 1628 ff), den praktischen Schwerpunkt bilden jedoch einerseits familiengerichtliche Sorge- und Umgangsregelungen bei Trennung oder Scheidung der Eltern (§§ 1671, 1672, 1634), andererseits Kinderschutzmaßnahmen, die entweder vom VormG (§§ 1666 ff) oder vom FamG (§ 1671 Abs 5) getroffen werden. Für die zweite Gruppe sind der Vorschrift durch das SorgeRG Sonderbestimmungen angefügt worden (Abs 2: Aufhebungspflicht; Abs 3: Überprüfungspflicht; vgl Rz 18 ff).

3 2. Gesetzesgeschichte

Die Änderungsthematik war ursprünglich in § 1671 aF untergebracht (später § 74 Abs 6 EheG 1946; vgl VoraufL Rz 1) und erst durch das GleichberG (Art 1 Nr 22) hierhergesetzt (Kommentierung in VoraufL; § 1696 ursprünglicher Fassung regelte die elterliche Gewalt der minderjährigen Mutter). Das 1. EheRG erstreckte die Vorschrift auf familiengerichtliche Entscheidungen (Art 1 Nr 33), während das SorgeRG (Art 1 Nr 37) mit der Hinzufügung von Abs 2, 3 die jetzige Normfassung herstellte.

3. Abgrenzung zu anderen Vorschriften

4 a) § 18 Abs 1 FGG

§ 18 Abs 1 FGG eröffnet eine **formellrechtliche Änderungsmöglichkeit** vormundschaftsgerichtlicher und familiengerichtlicher Entscheidungen (s § 621 a Abs 1 S 1 ZPO), die sich teilweise mit § 1696 überschneidet. Anders als bei der materiellrechtlichen Änderung vollzieht sich diejenige gem § 18 Abs 1 FGG noch im Rahmen des Erstverfahrens. Sie dient der Korrektur unrichtiger Entscheidungen, im Hinblick auf den rechtsfürsorgerischen Charakter der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird der Richter von der Bindung an eigene Entscheidungen (vgl § 318 ZPO) freigestellt (BayObLG FamRZ 1971, 467, 471 f; JANSEN, FGG § 18 Rz 1; KEIDEL-KUNTZE-WINKLER, FGG § 18 Rz 1, 2; MünchKomm-HINZ Rz 1; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2). Der Anpassung an nachträgliche Veränderungen der Sachlage dient § 18 Abs 1 FGG nicht (ganz hM, JANSEN, FGG § 18 Rz 2; **aA** nur BÖTTICHER JZ 1956, 582, 584; VoraufL [DONAU] Rz 11). Die formellrechtliche Korrekturmöglichkeit ist mehrfach eingeschränkt: Sie ist gem § 18 Abs 2 FGG *ausgeschlossen*, soweit die Anordnung der sofortigen Beschwerde (Fälle: KEIDEL-KUNTZE-WINKLER, FGG § 22 Rz 1) bzw familiengerichtliche Entscheidungen der befristeten Beschwerde unterliegen (§§ 621 e Abs 3 S 2 iVm 575 Abs 3 ZPO), ferner wenn das Beschwerderecht verwirkt (OLG Frankfurt FamRZ 1968, 100, 101) oder längere Zeit verfließen ist (OLG Frankfurt aaO; KEIDEL-KUNTZE-WINKLER, FGG § 18 Rz 1, 23).

- 5 § 1696 überschneidet sich mit § 18 Abs 1 FGG insoweit, als auch die materiellrechtliche Änderung der Korrektur von vornherein unrichtiger Entscheidungen dienen kann (Rz 12). Auf Grund ihres spezifischen Kindeswohlbezugs greift die Vorschrift des § 1696 *auch* in Fällen ein, in denen die formellrechtliche Korrektur nach vorstehenden Grundsätzen (Rz 4) ausgeschlossen ist (GERNHUBER § 56 VI 1; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; MünchKomm-HINZ § 1671 Rz 105). Aus dem Normzweck des § 1696 sowie dessen besonderen Änderungsgrundsätzen muß darüber hinaus gefol-

gert werden, daß **in Überschneidungsbereichen § 1696 als Sondervorschrift § 18 Abs 1 FGG verdrängt** (KEIDEL-KUNTZE-WINKLER, FGG § 18 Rz 46; Voraufll [GÖPPINGER] § 1666 Rz 320). Bei Annahme konkurrierender Anwendbarkeit müßten jedenfalls die Änderungsvoraussetzungen des § 1696 auch im Rahmen des § 18 Abs 1 FGG gelten.

b) §§ 1666 ff, 1680 Abs 2

6

Während § 1696 Abs 2, 3 die *vormundschaftsgerichtliche* Eingriffsbefugnis gem §§ 1666 ff konsequent ergänzt hinsichtlich ihres zeitlichen Bestandes (vgl Rz 16), ist die **Abgrenzung des vormundschaftsrichterlichen Wächteramtes zu familiengerichtlichen Kompetenzen gem §§ 1696 Abs 1, 1671, 1672 oder 1696 Abs 2, 1671 Abs 5** für die Nach-Scheidungsfamilie umstritten. Die Rechtsprechung geht davon aus, daß das FamG die vormundschaftsgerichtliche Schutzfunktion mitübernimmt, soweit seine Gestaltungsmöglichkeiten gem § 1671 reichen, so daß für das VormG nur Einzeleingriffe in die elterliche Sorge gem § 1666 übrigbleiben, die über die Aufteilungsmöglichkeiten nach § 1671 Abs 4 S 2, Abs 2 S 2 hinausgehen (ausf § 1666 Rz 40–43). Eine gesetzliche Ausnahme zugunsten des VormG auch für eine umfassende Sorgerechtsübertragung auf den anderen Elternteil enthält § 1680 Abs 2 (s § 1680 Rz 25, 32).

Kommt auf der Grundlage dieser Zuständigkeitsverteilung das FamG in einem **7** Änderungsverfahren gem § 1696 Abs 1 zu dem Ergebnis, daß die ins Auge gefaßte Vormund- oder Pflegerbestellung gem § 1671 Abs 5 nicht notwendig ist, vielmehr weniger belastende Maßnahmen nach § 1666 unter Beibehaltung der Sorgerechtszuweisung an den sorgeberechtigten Elternteil genügen, so sind *mit einer die Sorgerechtsänderung ablehnenden Endentscheidung* die Akten dem VormG zwecks weiterer Maßnahmen vorzulegen (OLG Hamburg FamRZ 1982, 943 [keine Abgabe ohne eigene Sachentscheidung]).

c) §§ 1678 Abs 2, 1681 Abs 1 S 2

8

Ruht die elterliche Sorge des Sorgeberechtigten auf Dauer, kann das FamG nach **§ 1678 Abs 2** dem anderen Elternteil das Sorgerecht übertragen; zum Verhältnis zu § 1696 s § 1678 Rz 16, 20, 21, 30.

Bei **Tod** des sorgeberechtigten Elternteils ist nicht § 1696 anzuwenden, sondern gem § 1681 Abs 1 S 2 zu verfahren; war den Eltern das Sorgerecht gemeinsam belassen worden, geht das Sorgerecht nach § 1681 Abs 1 S 1 auf den anderen Elternteil über (§ 1681 Rz 5, 9). In diesem Fall oder wenn der nichtsorgeberechtigte Elternteil vorverstorben ist, können Kindesschutzmaßnahmen fortan nur noch nach §§ 1666 ff erfolgen (OLG Hamm FamRZ 1986, 479).

d) § 1632 Abs 1

9

Ist im Sorgerechtsverfahren gem §§ 1671, 1672 einem Elternteil das Sorgerecht zugewiesen worden, kann er vom anderen Elternteil die Herausgabe des Kindes gem § 1632 Abs 1 verlangen. In diesem – selbständigen – Herausgabeverfahren ist eine erneute, wenngleich eingeschränkte Kindeswohlprüfung geboten: Wird dabei implizit festgestellt, daß die Änderungsvoraussetzungen der §§ 1696 Abs 1, 1671 vorliegen, so ist zur Vermeidung mehrfacher Aufenthaltswechsel des Kindes der Herausgabeantrag abzulehnen und (vAw) das Verfahren nach § 1696 Abs 1 einzuleiten (OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 601 f). Aber auch die Herausgabeentscheidung gem § 1632 Abs 3 selbst kann gem § 1696 Abs 1 vom FamG geändert werden.

e) Einstweilige oder vorläufige Anordnungen fallen **nicht** unter § 1696, diese **10** Vorschrift betrifft nur Endentscheidungen. Die Änderung einstweiliger oder vorläu-

figer Maßnahmen richtet sich nach eigenständigen Grundsätzen (vgl § 620 b Abs 1 S2 ZPO in direkter oder entsprechender Anwendung).

II. Die Änderung sorgerechtlicher Anordnungen gem Abs 1

1. Tatbestand

11 a) Änderung „jederzeit“

Das Tatbestandsmerkmal „jederzeit“ bedeutet, daß weder eine Sperrfrist für Änderungen nach der Erstentscheidung besteht noch längerer Zeitablauf eine Änderung hindern kann: **Allein das Kindeswohl entscheidet auch über den Zeitpunkt der Änderung.** Im übrigen folgt aus der gesetzlichen Formulierung **nicht eine willkürliche Abänderbarkeit getroffener Entscheidungen nach Gutdünken des Gerichts.** Neben die Änderung legitimierenden Kindesinteressen (dazu Rz 13, 30 ff) fordert die ganz hM eine nach der Erstentscheidung eingetretene *Veränderung der tatsächlichen Umstände* (wozu auch der kindliche Änderungswunsch gehören kann, BGH FamRZ 1986, 895, 896; s Rz 59 ff) *oder* das erst *nachträgliche Bekanntwerden* schon ursprünglich vorhandener, entscheidungserheblicher Tatsachen (BayObLG FamRZ 1962, 32, 34; FamRZ 1964, 640; FamRZ 1976, 38, 39; OLG Hamburg FamRZ 1960, 123; OLG Celle NdsRpfl 1969, 227; OLG Stuttgart Justiz 1974, 128, 129). Auch nachträgliche Veränderungen des Gesetzesrechts oder der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (KG FamRZ 1983, 1055 f; FamRZ 1980, 821; Münch-Komm-HINZ Rz 6; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5; zurückhaltender KEIDEL-KUNTZE-WINKLER, FGG § 18 Rz 45) oder ein Wechsel des anwendbaren Rechts können nach dieser Auffassung die Einleitung eines Änderungsverfahrens rechtfertigen (OLG Zweibrücken FamRZ 1975, 172, 176 [Erstentscheidung nach ägyptischem Recht, Änderungsentscheidung wegen Inkrafttreten des MSA nach deutschem Recht mit unbeschränkter Kindeswohlabwägung]). *Nicht* genügen soll nach überwiegender Auffassung hingegen ein bloßer Auffassungswandel des Gerichts, eine abweichende Beurteilung bei unveränderter Sach- und Rechtslage (GERNHUBER § 65 VI 2; ERMAN-MICHALSKI Rz 3; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 8; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5; aA OLG Bremen MDR 1954, 197; TREITZ 106 f; DÖLLE II 310). Immerhin kann in solchen Fällen aber eine Änderung nach § 18 Abs 1 FGG möglich sein.

12 Kritik: Hinter diesen Grundsätzen steht das verständliche Bestreben, der materiell-rechtlichen Änderungsschwelle des Abs 1 (dazu Rz 30 ff) eine Schwelle schon zur Einleitung des Änderungsverfahrens vorzuschalten: Da schon das Verfahren als solches zu erheblichen Beeinträchtigungen des Kindeswohls führen kann (Rz 34), sollen die Eltern gehindert werden, eine gegen sie getroffene Entscheidung ständig neu überprüfen zu lassen (GERNHUBER aaO; vgl COESTER, Kindeswohl 323 f, 346-349). Dennoch ist die Forderung nach neuen oder neu zutage getretenen Umständen **abzulehnen**. Sie steht nicht nur im Widerspruch zum Gesetzeswortlaut, sie blockiert auch eine kindeswohlgerechte Sorgerechtsentscheidung in Fällen, in denen sich nach inzwischen gewonnener Einsicht des Gerichts die Erstentscheidung als kindeswohlschädlich herausstellt. Aus der zentralen Bedeutung des Kindeswohls auch für die Änderungsfrage folgt, daß hier ohne generelle Beschränkungen eine Änderung im Kindesinteresse möglich sein muß. Es kommt nicht darauf an, ob die richterliche Einsicht als „neuer Umstand“ zu qualifizieren ist; auch auf greifbare kindesschädliche Auswirkungen der Erstentscheidung sollte man nicht warten müssen, bevor ein Änderungsverfahren eingeleitet werden kann (vgl die Fallgeschichte in BayObLG FamRZ 1974, 150, 326 und 534; OLG Hamburg FamRZ 1959, 255 und FamRZ 1960, 123). Da die Einleitung von Änderungsverfahren nicht antragsgebun-

den ist, sondern im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts steht (Rz 73), kann die Abwehr mutwilliger Änderungsanträge eines Elternteils problemlos auch ohne eine materielle Einleitungsschranke erfolgen.

Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, daß die Erstentscheidung von einer höheren Instanz unter Abweichung von der Rechtsauffassung des FamG oder VormG getroffen worden ist: Hier ist bei unverändertem Sachverhalt eine Änderungsentscheidung durch das erstinstanzliche Gericht unzulässig (vgl BGB-RGRK-ADELMANN Rz 8).

b) Angezeigt im Kindesinteresse

13

Mit diesem Tatbestandsmerkmal setzt sich der **Kindeswohlprimat**, der für alle Sorgerechtsentscheidungen gilt (vgl § 1666 Rz 55 ff; § 1671 Rz 51 ff; § 1634 Rz 45), auch auf der Änderungsebene fort. Zum zweiten kommt mit dem Wort „angezeigt“ zum Ausdruck, daß eine Änderung aus den Kindesinteressen **positiv legitimiert** sein muß – das Gesetz konstituiert also eine gewisse **Änderungsschwelle**, die erreicht sein muß, bevor der status quo verändert werden darf. Diese Änderungsschwelle kann nicht allgemeingültig definiert werden, sondern variiert nach dem jeweiligen Sachzusammenhang: Wie schon Abs 2 zeigt, stellt sich im Kindeschutzrecht die Änderungsfrage ganz anders als zB bei Sorgerechtsentscheidungen nach §§ 1671, 1672 (vgl deshalb ie unten Rz 16, 17, 30 ff).

c) Verpflichtung zur Änderung

14

Obwohl der Gesetzeswortlaut ein richterliches Handlungsermessen suggeriert („... können ... ändern“), besteht eine **Pflicht der Gerichte zur Änderung**, wenn sich diese von den Kindesinteressen her als geboten erweist (AG Bruchsal DAVorm 1976, 599; GERNHUBER § 56 VI 1; MünchKomm-HINZ Rz 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5; KEIDEL-KUNTZE-WINKLER, FGG § 18 Rz 45 [auch bei § 18 FGG, ebd Rz 4]). Dies folgt ohne weiteres aus der Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung des Kindeswohls gem Art 6 Abs 2 S 2 GG iVm der jeweiligen der Erstentscheidung zugrunde gelegten Eingriffsnorm. Es besteht lediglich ein richterlicher Beurteilungsspielraum wie stets bei unbestimmten Rechtsbegriffen sowie Auswahlermessen hinsichtlich der erforderlichen Maßnahmen.

Eine Änderungspflicht vAw besteht auch dann, wenn die Erstentscheidung nur **auf 15 Antrag** ergehen durfte (zB § 1672 S 2 HS 1) – der Antrag ändert nichts daran, daß eine kindeswohlgebundene staatliche Sorgerechtsmaßnahme vorliegt (vgl MünchKomm-HINZ Rz 13; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5). Anderes gilt nur, wenn die Erstentscheidung in der **Ablehnung** eines elterlichen Regelungsantrags bestand – hier bedarf es für spätere sachliche Maßnahmen des Gerichts eines erneuten Antrags (der Rechtsgedanke des § 18 Abs 1 HS 2 FGG ist im Rahmen des § 1696 entsprechend heranzuziehen).

2. Insbesondere Kindeschutzrecht (§§ 1666 ff, 1671 Abs 5)

a) Grundsätze

16

Maßnahmen zur Abwehr einer Kindesgefährdung unterliegen der strikten Bindung an den **Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit** (vgl § 1666 Rz 134 ff; § 1666 a Rz 1 ff; § 1671 Rz 194 f). Sie sind auf die jeweilige, konkrete Gefahr „maßzuschneidern“ und bedürfen nicht nur hinsichtlich ihrer Anordnung, sondern *auch ihres zeitlichen Bestandes der Legitimation aus dem staatlichen Wächteramt*. Die Gefährdungslage ist unmittelbar maßgeblich für die Änderungsfrage, eine zusätzliche Änderungsschwelle besteht nicht. Es ist deshalb zumindest irrefüh-

rend, wenn die für Sorgerechtsentscheidungen gem § 1671 übliche Formulierung der Änderungsvoraussetzungen („triftige, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe“, vgl Rz 31) auch hier eingesetzt wird (so BayObLG DAVorm 1982, 604, 608 f [betr eine Maßnahme nach § 1666 Abs 1]) – allein der aktuelle Bestand einer Kindesgefährdung ist maßgeblich für Aufrechterhaltung, Änderung oder Aufhebung von Kindeschutzmaßnahmen (vgl auch unten Rz 75 zur Beweislast).

- 17 Thematisch begrenzt auf den **Wegfall der Gefahr** normiert das Gesetz selbst die Konsequenzen aus dem vorstehenden Grundsatz (**Abs 2, 3**). Er entfaltet aber auch darüber hinausgehende Bedeutung im Rahmen von **Abs 1** (BayObLG FamRZ 1990, 1132, 1134 neigt offenbar zu einer entsprechenden Ausdehnung des Abs 2): Ist die Gefährdung des Kindes nicht weggefallen, haben sich aber die Umstände verändert, so kann die Erstmaßnahme dem anzupassen sein entweder iS einer *Abmilderung* (vgl BayObLG DAVorm 1984, 1048, 1053 f: Entzug nur des Aufenthaltsbestimmungsrechts statt bisher der Personensorge) oder einer *Verschärfung* (BayObLG DAVorm 1982, 611, 613 f; DAVorm 1984, 1048, 1053) oder aber einer *Ersetzung* durch geeignetere Maßnahmen (BayObLG DAVorm 1982, 611, 613 f). Über Abs 2 hinaus kann auch eine *Aufhebung* geboten sein, wenn die Gefährdung zwar nicht weggefallen ist, die angeordnete Maßnahme sich aber als ungeeignet zu ihrer Beseitigung erwiesen hat und andere angemessene Mittel nicht zur Verfügung stehen (im Fall BayObLG DAVorm 1982, 604 hatte sich das gem § 1666 angeordnete Umgangsrecht der Großeltern wegen der strikten Weigerung des 13jährigen Kindes als undurchsetzbar erwiesen – statt der gebotenen Aufhebung beschloß das Gericht Zwangsgeld gegen die sorgeberechtigte Mutter; zur Problematik auch § 1666 Rz 109, 110).

18 b) Aufhebungspflicht bei Gefahrwegfall, Abs 2

Daß Maßnahmen zur Gefahrabwendung aufzuheben sind, wenn die Gefahr nicht mehr besteht, ist nach den vorerwähnten Grundsätzen eine Selbstverständlichkeit – **Abs 2** stellt sich insoweit als **klarstellende Komplementärnorm zu den Eingriffstatbeständen der §§ 1666 ff, 1671 Abs 5** dar (vgl BT-Drucks 8/2788, 68; MünchKommHINZ Rz 15). Sie gilt auch bei kindeschützenden Maßnahmen nach anderen Eingriffstatbeständen (zB § 1680 Abs 1 S 2, vgl § 1680 Rz 16).

Abs 2 setzt voraus, daß „**eine Gefahr ... nicht mehr besteht**“. Die ursprüngliche Gefahr muß völlig weggefallen sein; eine Aufhebung darf nicht erfolgen, wenn dem Kind nunmehr zwar nicht die ursprüngliche, aber eine *andere Gefahr* droht (OLG Karlsruhe ZBIJugR 1982, 245, 246). Diese Gefahr kann darin bestehen, daß das dem §§ 1666, 1666 a bei Dritten untergebrachte Kind inzwischen in der Pflegestelle verwurzelt ist und durch eine (unvermittelte) Herausnahme seelischen Schaden erleiden würde (BayObLG DAVorm 1982, 611, 614 ff). Häufig wird dann aber eine Modifizierung der Erstmaßnahme geboten sein (uU Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs 4 mit Aufhebung des Sorgerechteingriffs im übrigen). Eine Sorgerechtsmaßnahme nach § 1671 Abs 5 ist schon dann aufzuheben, wenn und soweit die elterliche Sorge auch nur *einem* Elternteil ohne Gefährdung des Kindeswohls übertragen werden kann (es gelten also nicht die Änderungsgrundsätze für Sorgerechtsentscheidungen nach § 1671 Abs 1–4, Rz 41).

- 19 Dem Gefahrwegfall **gleichzustellen** ist die Erkenntnis, daß eine **Gefahr** in Wirklichkeit **niemals bestanden** hat. Die Aufhebung hat auch dann zu erfolgen, wenn die **Erstmaßnahme unzulässig** war (BayObLG FamRZ 1990, 1132, 1134 [Verletzung des § 1666 a]). Ob man in diesen Fällen Abs 2 entsprechend (so BayObLG aaO) oder Abs 1 anwendet, bleibt im Ergebnis gleich.

Die Aufhebung hat vAw zu erfolgen, eines Antrags bedarf es nicht (zur Feststellungslast Rz 75). Die Aufhebung wirkt ex nunc mit Bekanntgabe an den von der Erstentscheidung betroffenen Elternteil; eine angeordnete Vormundschaft endet ipso iure mit der Aufhebung gem § 1882 (MünchKomm-SchwAB § 1882 Rz 9), eine Pflegschaft ist gem § 1919 gleichzeitig aufzuheben.

c) Periodische Überprüfungspflicht, Abs 3

21

Die Überprüfungspflicht nach Abs 3 hat den **Zweck**, die Begrenzung von kindeschützenden Sorgerechtsingriffen durch das **Erforderlichkeitsprinzip** auch hinsichtlich ihres zeitlichen Bestandes sicherzustellen. Die Überprüfung dient der Effektivität der Aufhebungspflicht nach Abs 2 (BT-Drucks 7/2060, 39; 8/2788, 68), aber auch aller sonstigen, durch das Erforderlichkeitsprinzip gebotenen Anpassungen von Sorgerechtsingriffen nach Abs 1 (vgl die Ausschlußminderheit ebd und oben Rz 17). Da die Vorschrift lediglich Pflichten verdeutlicht, die sich aus dem Erforderlichkeitsprinzip ohnehin ergeben, ist sie auch auf Kinderschutzmaßnahmen auszuweiten, die auf anderer als der im Gesetz genannten Grundlage beruhen (SOERGEL-STRÄTZ Rz 16).

Zur Überprüfung (und ggf Änderung, Rz 72) verpflichtet ist das Gericht, das die **Erstentscheidung** erlassen hat, bei oberinstanzlichen Entscheidungen das Gericht erster Instanz (vgl BayObLG DAVorm 1984, 1048, 1055) – stets also das **VormG** oder das **FamG** (krit de lege ferenda SALGO, Pflegekindschaft und Staatsintervention [1987] 361 ff: für unabhängigen Überprüfungsstab). Das **Überprüfungsverfahren** ist ein informelles Vorverfahren, es dient der Vergewisserung, ob ein Änderungsverfahren einzuleiten ist oder nicht (THALMANN DRiZ 1980, 180f). Abs 3 gebietet nicht die periodische Wiederauflösung des Falles, an deren Ende eine förmliche Entscheidung über den Fortbestand der Maßnahme zu stehen hätte (so aber offenbar BayObLG FamRZ 1990, 1132, 1134), denn schon das Verfahren selbst kann das Kind und andere Beteiligte verunsichern (s Rz 34; vgl SALGO 258; THALMANN 181).

Der **Umfang der Überprüfung** richtet sich grundsätzlich nach dem *Einzelfall* – der **Art** der getroffenen Maßnahme, den Aussichten auf Veränderungen sowie dem Ergebnis vorangegangener Überprüfungen. Die Einholung einer Stellungnahme des Jugendamtes kann genügen, uU sind die Beteiligten anzuhören (THALMANN aaO; MünchKomm-Hinz Rz 20). Das Überprüfungsverfahren findet seinen Abschluß in einem Aktenvermerk, in dem das Fehlen von Änderungsgründen oder die Einleitung des Änderungsverfahrens festgehalten wird.

Auch die „**angemessenen Zeitabstände**“, innerhalb derer die Überprüfung vorzunehmen ist, richten sich nach den Gegebenheiten des Einzelfalles (BGB-RGRK-ADELMANN Rz 21). Eine Erstüberprüfung ist regelmäßig nach kurzer Zeit angezeigt, nach mehreren ergebnislosen Überprüfungen können die Abstände größer werden. Genannt werden Fristen von 1 bis 3 Jahren (BayObLG FamRZ 1990, 1132, 1134: 8 Jahre jedenfalls zu lang, bei schwerwiegenden Eingriffen 1–1½ Jahre; vgl Münch-Komm-Hinz Rz 21; THALMANN 182: Überwachungsliste in der Geschäftsstelle anzulegen). Derartige Generalisierungen entbinden jedoch nicht von der Pflicht zur Aufhebung oder Änderung, wenn dem Gericht vorher Veränderungen bekanntwerden.

Hat die Erstentscheidung zu einer **Trennung von Kind und Eltern** geführt, ist **zusätzlich § 37 Abs 1 KJHG** zu beachten: Demnach haben mit der Herausnahme des Kindes aus seiner Familie jugendhilferechtliche Bemühungen um deren Rekonstituierung einzusetzen, nach Absprache mit dem VormG schon im Entzugsverfah-

ren (COESTER FamRZ 1991, 253, 259). Diese Bemühungspflicht ist begrenzt auf einen „im Hinblick auf die Entwicklung des Kindes oder Jugendlichen vertretbaren Zeitraum“ (§ 37 Abs 1 S 2 KJHG), danach ist nach einer anderen Lebensperspektive für das Kind zu suchen (§ 37 Abs 1 S 4 KJHG; vgl COESTER aaO). Die Formulierung in § 37 Abs 1 S 2 KJHG muß als **Konkretisierung der „angemessenen Zeitabstände“** gem § 1696 Abs 3 verstanden werden, es kommt demnach wesentlich auf Alter und Entwicklung des Kindes, sein Zeitgefühl und sein Bedürfnis nach endgültiger Zuordnung an (SALGO in: WIESNER-ZARBOCK, Das neue Kinder- und Jugendhilfegesetz [1991] 115 ff, 140; zur kindlichen Zeitperspektive vgl BT-Drucks 11/5948, 75; ZENZ, Gutachten zum 54. DJT [1982] A 49, 50). Die dem Kind zumutbare „Schwebephase“ wird im allgemeinen bei etwa einem Jahr angesiedelt (ZENZ, Kindesmißhandlung 264, 299; MünchKomm-HINZ § 1666 Rz 12).

- 26 Überprüfungspflicht des Gerichts gem 1696 Abs 3 und Bemühungspflicht des Jugendamts gem § 37 Abs 1 S 2–4 KJHG *ergänzen* sich somit. Kommt es wegen Fortbestands der Gefahr nach dem Vertretbarkeitszeitraum des § 37 Abs 1 S 2 KJHG nicht zu einer Aufhebung des Sorgerechtsingriffs, so entbindet der anschließende Richtungswechsel der jugendhilferechtlichen Intervention nicht von weiteren Überprüfungen nach Abs 3, solange es nicht zu einer endgültigen Neuordnung des Kindes gekommen ist. Bei dauerhafter Fremdunterbringung ohne Adoption ist jedoch auch darauf zu achten, daß nicht Kind und Pflegeeltern durch ständig neue Überprüfungen verunsichert werden (BAER FamRZ 1982, 221, 231; SALGO [Rz 22] 258 ff).

27 3. Umgangsregelungen, § 1634 Abs 2

Häufig stellt sich die Änderungsfrage bei gerichtlichen Anordnungen betr den **Umgang des nichtsorgeberechtigten Elternteils mit dem Kind**. Die **Änderungsschwelle** für bloße *Modifikationen* oder Erweiterungen des Umgangs ist *niedriger* anzusetzen als bei Sorgerechtsentscheidungen gem § 1671 (hM, vgl Darstellung und Nachw § 1634 Rz 185 [PESCHEL-GUTZEIT]), da Umgangsregelungen in die Lebensverhältnisse des Kindes weniger schwerwiegend eingreifen als ein Plazierungswechsel und Anpassungen an die Veränderungen in beiden Elternfamilien ständig notwendig werden (PESCHEL-GUTZEIT Rz 186). Für Änderungen, die einen bereits angeordneten Umgang *einschränken* oder *ausschließen*, setzt § 1634 Abs 2 S 2 allerdings einen *deutlich restriktiveren Standard* („zum Wohle des Kindes erforderlich“): Gesichtspunkte für eine solche Änderung müssen sich in der Abwägung durchsetzen gegen das grundsätzliche Interesse des Kindes am Umgang mit dem nichtsorgeberechtigten Elternteil (vgl PESCHEL-GUTZEIT Rz 45, 46) wie auch das – im Rahmen des Kindeswohl beachtliche – Umgangsrecht dieses Elternteils (vgl PESCHEL-GUTZEIT Rz 47).

- 28 Damit sind auch schon die **Entscheidungsmaßstäbe** für die Änderungsprüfung bezeichnet: Wie bei Erstentscheidungen gem § 1634 Abs 2 kommt dem **Kindeswohl** vorrangige Bedeutung zu; das **Elternrecht** des nichtsorgeberechtigten Elternteils ist ebenfalls ein legitimer Gesichtspunkt, der *gegen* das Kindeswohl jedoch weder eine Umgangsregelung noch deren Änderung rechtfertigen kann (PESCHEL-GUTZEIT Rz 187, 188; zum Primat des Kindeswohls vgl § 1671 Rz 52 ff; zu den Kindesinteressen im Rahmen des § 1634 auf dort Rz 189 ff, indes zum Kindeswillen Rz 191–209). Näher zu Änderungen von Umgangsregelungen § 1634 Rz 185 ff; zur Frage von Sorgerechtsänderungen wegen Umgangsrechtsvereitelungen durch den sorgeberechtigten Elternteil unten Rz 51 ff.

4. Sorgerechtsregelungen bei Getrenntleben der Eltern, § 1672

29

Sorgerechtsregelungen nach § 1672 sind Endentscheidungen, die nur nach den Grundsätzen des § 1696 abänderbar sind. Die Änderung kann vAw erfolgen, auch wenn die Erstentscheidung auf elterlichen Antrag erfolgte (Rz 15). **Leben die Eltern wieder zusammen**, so ist die Sorgerechtsregelung konstitutiv aufzuheben; bei Vormund- oder Pflegerbestellung ist Abgabe an das VormG geboten zwecks weiterer Maßnahmen nach § 1666 ff (näher § 1672 Rz 22).

Sonstigen Veränderungen ist nach den Grundsätzen Rechnung zu tragen, die für die Änderung von Entscheidungen nach § 1671 gelten (unten Rz 30 ff). Bei anhängigem Scheidungsverfahren werden Änderungen allerdings regelmäßig nicht angebracht sein, im Kontinuitätsinteresse des Kindes ist nach Möglichkeit die Sorgerechtsentscheidung nach § 1671 abzuwarten (MünchKomm-Hinz Rz 13; vgl KG NJW 1968, 1835). Bei dringendem Regelungsbedürfnis kann die Zwischenzeit mit einstweiligen Anordnungen oder mit vorläufigen Anordnungen gem §§ 1696, 1672 überbrückt werden (vgl § 1672 Rz 25 und unten Rz 76).

5. Sorgerechtsregelungen bei geschiedenen Eltern, § 1671**a) Änderungsschwelle****aa) Problemstellung und Meinungsstand**

30

Die Sorgerechtsentscheidung bei Scheidung der Eltern, mit der einem Elternteil das alleinige Sorgerecht zugewiesen wird, konstituiert aus der in biologischem und psychosozialen Sinne fortbestehenden Gesamtfamilie *rechtlich* eine neue (Teil-) „Familie“ iSd Art 6 Abs 1 GG (BVerfGE 18, 97, 106; GERNHUBER § 5 I 1), dem Sorgeberechtigten kommt die volle, nur durch Umgangs- und Informationsrecht des anderen Elternteils eingeschränkte Elternstellung gem Art 6 Abs 2 S 1 GG zu (BGHZ 3, 220, 227; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 609). Im Prinzip nichts anderes gilt, wenn die elterliche Sorge zwischen den Eltern aufgeteilt (§ 1671 Abs 4 S 2) oder ihnen gemeinsam belassen wird (s § 1671 Rz 158 ff): Die Staatsintervention aus Anlaß der Elternscheidung ist durch Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses abgeschlossen, künftige Eingriffe in die rechtlich neugeordnete Familie müßten sich konsequenterweise nach §§ 1666 ff richten.

§ 1696 Abs 1 zieht diese Konsequenz jedoch nicht, der **Gesetzeswortlaut** suggeriert **31 fortdauernde Kontrolle** über die Nach-Scheidungsfamilie (krit SIMITIS, FS Müller-Freienfels [1986] 579 ff, 613: Aus dem „Wächteramt“ des Staates werde ein „Kontrollamt“). GERNHUBER sieht die Rechtfertigung der Vorschrift darin, daß die elterliche Sorge im Verhältnis zum anderen Elternteil der dem Staat gegenüber bestehenden Bestandsgarantie entbehre – Art 6 GG könne deshalb niemals eine Änderungsentscheidung hindern (§ 56 VI 1 m Fn 1; vgl auch TREITZ 106 ff, 108).

Demgegenüber interpretieren ständige **Rechtsprechung und hM** die Gesetzesformulierung „im Interesse des Kindes für angezeigt“ dahingehend, daß nach Sorgerechtsentscheidungen gem §§ 1671, 1672 eine *gewisse Änderungsschwelle* erreicht sein müsse, bevor ändernd eingegriffen werden könne: Es müßten **„triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe“** für eine Änderung vorliegen, die **geeignet seien, das Kontinuitätsinteresse des Kindes aufzuwiegen** (so die übliche Formel, vgl BGH NJW-RR 1986, 1130, 1131 mwN). Auch der *Eingriffscharakter* der Änderungsentscheidung unter dem Aspekt der Familienautonomie klingt gelegentlich an (KG FamRZ 1978, 832, 833; OLG Stuttgart NJW 1985, 67; vgl LUTHIN

FamRZ 1981, 391). Eine *Gefährdung des Kindeswohls* iSd §§ 1666 ff wird nach dieser Auffassung für Änderungsentscheidungen allerdings *nicht* verlangt.

Darüber hinausgehend sehen vereinzelte Autoren keinen Grund, Änderungsentscheidungen anders zu behandeln als sonstige Staatseingriffe in die Familienautonomie: Sie seien grundsätzlich **nur unter den Voraussetzungen der §§ 1666 ff** zuzulassen (CUNY, in: Familienrechtskommission des Juristinnenbundes [Hrsg], Neues elterliches Sorgerecht, 175; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 609 [de lege ferenda]; SIMITIS, in: 2. DFGT [Brühl 1979] 174 f; ders, FS Müller-Freienfels [1986] 579 ff, 613 ff, 615; GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT, Jenseits des Kindeswohls [1974] 37 f). Zwar zielen diese Äußerungen zT nur auf die *lex ferenda*, sind aber wegen ihrer verfassungsrechtlichen Argumentation und des unklaren Gesetzeswortlauts schon für die Interpretation des geltenden Rechts zu beachten.

- 32 Neben diesem Meinungsspektrum finden sich auch Versuche, die Änderungsschwelle der §§ 1696, 1671 aus dem **Wortlaut des Gesetzes** herauszukonkretisieren, durch einen Vergleich der Formulierung „angezeigt“ in § 1696 Abs 1 mit „erforderlich“ in § 1671 Abs 3 S 1 und der dort geltenden Eingriffsschranke (vgl § 1671 Rz 149). Die Ergebnisse fallen allerdings unterschiedlich aus („angezeigt“ *weniger* als „erforderlich“: ERMAN-MICHALSKI Rz 4; MünchKomm-Hinz Rz 4; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 9, 13; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5; STAUDINGER-PESCHEL-GUTZEIT § 1634 Rz 185 [allerdings für das Umgangsrecht, vgl Rz 27]; „angezeigt“ *mehr* als „erforderlich“: JAUERNIG-SCHLECHTRIEM Anm 2b), und verbreitet wird davon ausgegangen, daß im sachlichen Ergebnis beide Begriffe auf dasselbe hinauslaufen (OLG Hamm FamRZ 1968, 530, 531; GERNHUBER § 56 VI 3; MünchKomm-Hinz Rz 4; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 273).

33 bb) Stellungnahme

Der **Wortlaut des Gesetzes** („angezeigt“) ist für die Bestimmung der Eingriffsgrenze der §§ 1696 Abs 1, 1671 unergiebig (vgl SIMITIS, FS Müller-Freienfels [1986] 529 ff, 614; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 273). Dies zeigen nicht nur die unterschiedlichen Interpretationsergebnisse – auch der Vergleichsmaßstab der „Erforderlichkeit“ gem § 1671 Abs 3 S 1 ist ungeeignet. Die Entscheidungssituation ist dort eine ganz andere, die Eingriffsschranke ist auch dort umstritten, außerdem steht hinter den sprachlichen Nuancierungen des Gesetzgebers in bezug auf das Kindeswohl („angezeigt“, „erforderlich“, „dient“, „nicht widerspricht“ usw) kein sachlich differenzierendes Gesamtkonzept (vgl GERNHUBER FamRZ 1973, 229, 231).

Die Änderungsschwelle des § 1696 ergibt sich vielmehr (wie bei kindschaftsrechtlichen Entscheidungen generell) aus einer Ermittlung und Abwägung der primär maßgeblichen Kindesinteressen, dem Elternrecht des Art 6 Abs 2 S 1 sowie der staatlichen Verantwortung für die Kinder gem Art 6 Abs 2 S 2 GG.

- 34 Die **Kindesinteressen** der Änderungssituation sind ambivalent: *Gegen eine Änderung* sprechen regelmäßig das *Kontinuitätsbedürfnis* des Kindes (vgl § 1671 Rz 126) sowie das Interesse an *Stabilität seiner Lebensverhältnisse* (§ 1671 Rz 90). Bei der Änderungsfrage gewinnt der Stabilitätsaspekt besonderes Gewicht – das Damoklesschwert jederzeitiger Änderbarkeit der familiären Zuordnung macht die Teilfamilie nach Scheidung zu einer „Familie auf Widerruf“, insbes schwebende Änderungsverfahren können den sorgeberechtigten Elternteil und das Kind zutiefst verunsichern sowie den kindlichen Entwicklungs- und Erziehungsprozeß empfindlich stören (vgl COESTER, Kindeswohl 328 ff mwN). Eine fehlende oder zu niedrige Änderungsschwelle bedeutet eine Versuchung für den nichtsorgeberechtigten Elternteil, über sein Umgangsrecht eine fortwährende Kontrolle über die Familie des geschiedenen Gatten auszuüben und wirkliche oder angebliche Mißstände zur Grundlage

immer neuer Änderungsanträge zu machen. Die Gerichte ihrerseits, so vom nicht-sorgeberechtigten Elternteil in seine Zwecke eingespannt, sind zu oft der Versuchung erlegen, die Änderungsmöglichkeit des § 1696 Abs 1 als Disziplinierungsmittel zur Durchsetzung herrschender Sittenstandards zu benutzen (vgl KG FamRZ 1959, 253, 254; FamRZ 1968, 98, 99 f; OLG Hamm FamRZ 1968, 530, 532; vgl § 1671 Rz 62, 63) oder zur Sanktionierung sonst mißbilligten Elternverhaltens (Verstöße gegen gerichtliche Auflagen oder Rechtsnormen, zur Problematik § 1671 Rz 63 und 227) oder zum „Schutze“ des Kindes vor Umsiedlung ins Ausland (vgl § 1666 Rz 68; § 1671 Rz 192). Eine derartige Praxis neigt zur Übergewichtung kindesfremder Gesichtspunkte (als Beispiel auch MünchKomm-Hinz Rz 4), degradiert die Autonomie der Familie von sorgeberechtigtem Elternteil und Kind zu einer solchen minderen Ranges und destabilisiert die Entwicklungsbedingungen des Kindes.

Auf der anderen Seite können im Einzelfall die *Gründe für eine Änderung* so **35** schwerwiegend sein, daß die vorgenannten Bedenken dagegen zurücktreten müssen. Dies gilt vor allem für die Fallgestaltung, daß das Kind schon seit längerem beim nichtsorgeberechtigten Elternteil lebt (Rz 49). Aber auch sonst kann sich – auf Grund von Verschlechterungen auf seiten des sorgeberechtigten oder von Verbesserungen auf seiten des nichtsorgeberechtigten Elternteils – die Plazierung des Kindes beim bislang nichtsorgeberechtigten Elternteil als so überlegen erweisen, daß sich eine Sorgerechtsänderung als dem Kindeswohl insgesamt förderlicher darstellt als ihr Unterbleiben (Rz 64 ff). Schließlich kann auch die nachdrückliche Entscheidung des Kindes für den nichtsorgeberechtigten Elternteil die generellen Bedenken gegen einen Wechsel zurücktreten lassen (Rz 59 ff).

Hieraus folgt im **Ergebnis**, daß *einerseits* zum Schutze des Kindes und der Familien- **36** autonomie Änderungen nicht „jederzeit“, sondern nur bei Erreichen einer gewissen *Eingriffsschwelle* zuzulassen sind, daß aber *andererseits* die *Gefährdungsgrenze* des allgemeinen Kindesschutzrechts (§§ 1666 ff) *ungeeignet* ist, diese Schwelle zu repräsentieren. Erstens sind die vorerwähnten Wechselinteressen des Kindes situationspezifisch für die Scheidungsfamilie, sie erreichen regelmäßig nicht die Schwelle des § 1666 und blieben demnach fast immer unberücksichtigt. Mit der legitimen Abwehr kindesfremder Änderungsaspekte würden auch wichtige Kindesbelange ausgeblendet. Zweitens bedeutet die Existenz einer weiteren innerfamiliären Plazierungsalternative bei einem geeigneten und betreuungsbereiten Elternteil eben doch einen wesentlichen Unterschied zu der Grundsituation bei § 1666 Abs 1, 1666 a Abs 1, 2: *Sie ist gewissermaßen das Surrogat für die gescheiterte Elternehe, die verbliebene besondere Chance für das Kind nach der Belastung und Schädigung durch die Elternscheidung*. Diese Chance besteht darin, nicht bis zur Grenze aktueller Gefährdung Mißstände im Elternhaus erdulden zu müssen (vgl § 1666 Rz 67), sondern zwischen zwei Elternhäusern schon dann wechseln zu können, wenn das Wohl des Kindes beim anderen Elternteil auf Dauer wesentlich besser gewahrt erscheint oder wenn das Kind sich auf Grund achtenswerter Eigenentscheidung zu einem Wechsel entschlossen hat (vgl Rz 62, 63). Mit dem Kind als Bindeglied bleibt die Gesamtfamilie auch nach Elterntrennung und Scheidung ein psychosozialer Verband, der fortlebt und sich verändert – diesen Realitäten ist im Rahmen des § 1696 Abs 1 Rechnung zu tragen.

Die Interpretation des § 1696 Abs 1 durch die Rechtsprechung trifft deshalb, trotz **37** ihrer formelhaften Erstarrung (vgl Rz 31), im wesentlichen das Richtige, sofern nur ihr Bezugspunkt präsent bleibt und ernstgenommen wird: Das generelle Bedürfnis jedes Kindes nach Kontinuität und Stabilität seiner Lebens- und Erziehungsbedingungen. Es bildet den Maßstab, an dem konkrete Gesichtspunkte für eine Änderung zu messen sind. Daraus folgt aber auch, daß die durch die Formel der

Rechtsprechung bezeichnete *Änderungsschwelle nicht abstrakt-generell festgelegt* ist, sondern – wie ein „funktionsbestimmter Rechtsbegriff“ (LARENZ, Methodenlehre [5. Aufl 1978] 463 ff; vgl CANARIS, Systemdenken und Systembegriff [1969] 50) – erst *im Einzelfall individuell bestimmt werden kann* je nach Stärke und Gewicht des Kontinuitäts- und Stabilitätsaspekts: Sie kann in einem Extremfall auf Null reduziert sein, zB wenn das Kind schon langjährig beim nichtsorgeberechtigten Elternteil lebt (Rz 49). Im anderen Extremfall, wenn das Kind eine starke, nahezu ausschließliche Bindung an den sorgeberechtigten Elternteil hat, bei dem es seit langem lebt und sich gut entwickelt hat, kann sich die Änderungsschwelle der Sache nach der Gefährdungsgrenze des § 1666 annähern (vgl OLG Stuttgart NJW 1985, 67 [Änderung nur wenn „unumgänglich“, „zwingend notwendig“]).

38 cc) Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit

Ist das Kindeswohl beim sorgeberechtigten Elternteil *gefährdet*, so kommt nach einer Entscheidung des BGH (NJW-RR 1986, 1264, 1265) eine Sorgerechtsänderung nur in Betracht, wenn der *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* gewahrt ist, mildere Mittel also ausscheiden. Das Verhältnis dieser Aussage zu den vorerwähnten, auch vom BGH getragenen Grundsätzen zur Änderungsschwelle ist *unklar*. Der Hinweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verdeutlicht den *Eingriffscharakter* einer Sorgerechtsänderung und erweitert das Entscheidungsspektrum der Gerichte: Bestehen etwa punktuelle, aber schwerwiegende Defizite auf seiten eines im übrigen geeigneten Sorgeberechtigten, sind aber andererseits auch erhebliche Belastungen durch einen potentiellen Wechsel des Kindes zum nichtsorgeberechtigten Elternteil zu befürchten, so beschränkt sich die richterliche Entscheidung nicht auf die Abwägung zweier Übel (Belassung des Kindes beim Sorgeberechtigten oder Änderung) – vielmehr sind alle Möglichkeiten auszuschöpfen, den Eignungsmängeln des Sorgeberechtigten durch (im Verhältnis zur Sorgerechtsänderung) „mildere“ Einzelmaßnahmen zu begegnen und so dem Kind seine vertraute Lebenswelt zu erhalten. Für derartige Einzelmaßnahmen kann entweder das FamG (zB beim Vollzug von Umgangsanordnungen gem § 33 Abs 2 FGG, vgl BGH aaO) oder das VormG (gem § 1666) zuständig sein (vgl § 1666 Rz 40–43).

- 39 Damit schiebt sich der Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit *vor* die allgemeinen Änderungsgrundsätze des § 1696 Abs 1 – **die Suche nach schonenderen Eingriffen ist der Änderungsfrage zwingend vorgeschaltet**. Ob dabei die Eignungsmängel beim Sorgeberechtigten als „Kindesgefährdung“ qualifiziert werden oder nicht, ist unerheblich. Im übrigen **verändert der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedoch die allgemeine Änderungsschwelle des § 1696 Abs 1 nicht**: Sind mildere Mittel nicht vorhanden oder erweisen sie sich als wirkungslos, sind wie stets bei § 1696 Abs 1 die Änderungsinteressen des Kindes (Mängel beim Sorgeberechtigten) gegen seine Beharrungsinteressen (Kontinuität und Stabilität) abzuwägen. Überwiegen die Änderungsinteressen, so ist die elterliche Sorge dem anderen Elternteil zuzuweisen – der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit spielt dabei keine Rolle mehr. Überwiegen die Kontinuitätsinteressen, so muß eine Sorgerechtsänderung auch dann ausscheiden, wenn sie das einzig geeignete (und damit „erforderliche“) Mittel gegen die Mängel beim Sorgeberechtigten gewesen wäre: Der Grundsatz der Erforderlichkeit findet seine Korrektur durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip, und über die „Verhältnismäßigkeit“ einer Sorgerechtsänderung (auch als Mittel zur Gefahrabwehr!) entscheidet allein die nach § 1696 Abs 1 allgemein gebotene Abwägung der Kindesinteressen.

40 b) Entscheidungsgrundsätze

Für die Änderung von Sorgerechtsregelungen gem §§ 1671, 1672 gilt der **Primat des Kindeswohls** in gleicher Weise wie bei der Erstentscheidung (vgl § 1671 Rz 51 ff),

Elternrechte und gesellschaftliche Interessen dürfen also nur insoweit in die Entscheidung einfließen, als sie mit dem Kindesinteresse übereinstimmen. Gerade bei Änderungsentscheidungen besteht demgegenüber eine besondere Gefahr, daß kindsfremde Gesichtspunkte (verdeckt oder offen) eine dominierende Rolle spielen (zB sittliche Aspekte, Sanktionstendenzen, Entführungsfälle, vgl Rz 34, 50) – da solche Änderungen nicht aus den Kindesinteressen legitimiert sind, verstoßen sie gleichzeitig auch gegen das Elternrecht des Sorgeberechtigten gem Art 6 Abs 2 S 1 GG.

Bei der Änderungsentscheidung ist das **FamG an die Gestaltungsmöglichkeiten des § 1671 gebunden**. Eine *Aufspaltung des Sorgerechts* kommt demnach nur gem § 1671 Abs 4 S 2 in Betracht (Ausnahmen: Entscheidung nach § 1671 Abs 5 oder einstweilige bzw vorläufige Anordnungen, vgl § 1671 Rz 213). Die Anordnung von *Pflegschaft oder Vormundschaft* gem §§ 1696 Abs 1, 1671 Abs 5 setzt eine *Gefährdung des Kindeswohls bei beiden Elternteilen* voraus (vgl BGH NJW-RR 1986, 1264 f; OLG Düsseldorf ZfJ 1988, 466, 467; GERNHUBER § 56 VI 1; SCHÜTZ-JOPT ZfJ 1988, 349, 352 f). Für das **VormG** gelten diese Beschränkungen nicht: Trotz seiner nur subsidiären Zuständigkeit kann es Teilbereiche des Sorgerechts gem § 1680 Abs 2 auf den anderen Elternteil übertragen oder einen Pfleger oder Vormund bestellen, ohne daß beim anderen Elternteil eine Kindeswohlgefährdung drohen muß (s oben Rz 38, 39 sowie § 1678 Rz 27, § 1680 Rz 28).

Umstritten ist die Bedeutung eines **übereinstimmenden Elternvorschlags** im Rahmen der §§ 1696 Abs 1, 1671. Dabei sind zwei Situationen zu unterscheiden:

(1) Die **Erstentscheidung beruht auf einem Elternvorschlag**: Ob sich hier die begrenzte Bindungswirkung des § 1671 Abs 3 S 1 (vgl § 1671 Rz 149) auch im Änderungsverfahren fortsetzt (bejahend GERNHUBER § 56 VI 3; MünchKomm-HINZ Rz 10; RGRK-ADELMANN Rz 13; abl PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 5), ist eine praktisch bedeutungslose Frage: Mit Erreichung der Änderungsschwelle des § 1696 Abs 1 ist stets auch die Eingriffsgrenze des § 1671 Abs 3 S 1 überwunden (MünchKomm-HINZ Rz 10; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 273).

(2) Die Eltern unterbreiten einen **übereinstimmenden Änderungsvorschlag** (gleich, ob in Abwandlung eines gemeinsamen Vorschlags im Erstverfahren oder in erstmaliger Übereinstimmung): Nach **überwiegender Auffassung** soll einem solchen Vorschlag *nicht die Bindungswirkung des § 1671 Abs 3 S 1* zukommen – § 1696 Abs 1 diene „nicht dem Verlangen der Eltern nach stets erneuter Überprüfung der einmal getroffenen Entscheidung“ (BayObLG FamRZ 1976, 41, 43; vgl OLG Hamm FamRZ 1968, 530, 531 f; FamRZ 1981, 600; GERNHUBER § 56 VI 3; MünchKomm-HINZ Rz 10; RGRK-ADELMANN Rz 13; SOERGEL-STRÄTZ Rz 8; KROPHOLLER NJW 1984, 271, 273 f [einschränkend]). Man fürchtet, daß die von § 1696 Abs 1 geschützten Kontinuitäts- und Stabilitätsinteressen des Kindes von den Eltern gemeinsam unterlaufen werden könnten; eine Bindungswirkung des Änderungsvorschlags würde die Änderungsschwelle des § 1696 Abs 1 in ihr Gegenteil verkehren: Eine Änderung wäre dann grundsätzlich geboten, wenn ihr nicht das konkrete Kindeswohl widerspräche. Trotz seiner fehlenden Verbindlichkeit sei der elterliche Änderungsvorschlag aber ein *gewichtiges Indiz* für die Gebotenheit der Änderung im Kindesinteresse.

Eine **Mindermeinung** wendet demgegenüber *§ 1671 Abs 3 S 1 auch auf übereinstimmende Elternvorschläge im Änderungsverfahren* an (OLG Karlsruhe NJW 1977, 1731 [jedenfalls verfehlt, da die sorgeberechtigte Mutter den Vorschlag inzwischen widerrufen hatte, vgl unten Rz 45]; OLG Bamberg DAVorm 1987, 664, 666 [aber Problem wohl nicht gesehen]; LG Landau FamRZ 1967, 405, 406; DÖLLE II § 97 X 2 b; SCHWAB, Handbuch Rz III 54, 69). **Dieser Auffassung gebührt der**

Vorzug: Wenn verfassungsrechtlich die gemeinsame Elternverantwortung auch nach Scheidung fortbesteht und ihre Wahrnehmung den Vorrang vor staatlicher Regelung gem Art 6 Abs 2 S 1 GG beanspruchen kann (BVerfGE 61, 358 ff = FamRZ 1982, 1179, 1182; s § 1671 Rz 16), dann ist nicht einzusehen, wieso der Elternprimat und die hinter ihm stehende Vermutung überlegener Kindeswohlinterpretation durch die Eltern mit dem Sorgerechtsverfahren bei Scheidung „verbraucht“ sein sollten. Auch die elterliche Abwägung von Beharrungs- und Änderungsinteressen des Kindes hat nicht nur faktisches, sondern rechtliches Gewicht iSv § 1671 Abs 3 S 1 als Ausprägung verfassungsrechtlicher Zuordnung elterlicher und staatlicher Kompetenzen (im sachlichen Ergebnis läuft aber beides regelmäßig auf dasselbe hinaus, vgl SCHWAB Rz III 69). Im übrigen hat der Staat der elterlichen Einigkeit auch kaum etwas entgegenzusetzen: Über einen faktischen Betreuungswechsel könnten die Eltern eine spätere Sorgerechtsänderung ohnehin erzwingen (vgl Rz 49).

- 45 Einzelfragen:** Wie auch im Rahmen des Erstverfahrens entfaltet der übereinstimmende Elternvorschlag die Bindungswirkung jedoch *nur bei aktueller Einigkeit* der Eltern noch in der letzten mündlichen Verhandlung – ein (auch einseitiger) Widerruf ist also stets zu beachten (vgl § 1671 Rz 146). Darüber hinaus liegt *kein* Änderungsvorschlag iSd §§ 1696 Abs 1, 1671 Abs 3 S 1 vor, wenn die Eltern in einer früheren (Scheidungs-) Vereinbarung den Sorgerechtswechsel zu bestimmten künftigen Zeitpunkten festgelegt hatten („Abrufklausel“) und sich im Änderungsverfahren nur *ein* Teil darauf beruft (vgl OLG Karlsruhe NJW 1977, 1731; OLG Stuttgart Justiz 1974, 128). Bei beiderseitiger Berufung auf die frühere Vereinbarung liegt zwar ein übereinstimmender Elternvorschlag vor, da ihm aber möglicherweise eine elterliche Abwägung der *gegenwärtigen* Kindesinteressen nicht zugrundeliegt, wird die Erforderlichkeit eines Abweichens vom Vorschlag im Kontinuitätsinteresse des Kindes sorgfältig zu prüfen sein (zum ganzen § 1671 Rz 142 ff). Von vornherein keine Bindungswirkung hinsichtlich einer Änderung entfaltet schließlich der übereinstimmende Elternantrag, das Gericht möge die Sorgerechtszuweisung nach den Maßstäben des § 1696 oder erneut wie eine Erstentscheidung nach § 1671 überprüfen (vgl BayObLG FamRZ 1965, 51, 52; FamRZ 1966, 247, 248 f; FamRZ 1976, 38, 39; FamRZ 1976, 534, 535; OLG Frankfurt FamRZ 1962, 171, 172; s § 1671 Rz 144).

c) Einzelne Problemkreise

46 aa) Gemeinsames Sorgerecht der Eltern

Ein **Wechsel** von bisheriger Alleinsorge eines Elternteils **zum gemeinsamen Sorgerecht** bedarf, wie bei der Erstentscheidung, eines *übereinstimmenden Elternvorschlags* (vgl § 1671 Rz 172, 173). War die Erstentscheidung vor dem Urteil des BVerfG vom 3.11.1982 ergangen, bedarf es schon deshalb einer Überprüfung durch das FamG entspr § 1671 Abs 3 S 1, weil diese Sorgerechtsform bis zu diesem Zeitpunkt unzulässig war (KG FamRZ 1983, 1055 ff). Aber auch sonst ist auf Grund des elterlichen Änderungsvorschlags das FamG gehalten, wie im Erstverfahren zu prüfen, ob das gemeinsame Sorgerecht dem Kindeswohl im Einzelfall widerspricht (zu dieser Prüfung ie § 1671 Rz 174 ff; wegen des grundsätzlichen Vorrangs des gemeinsamen Sorgerechts vor der Alleinsorge wird hier § 1671 Abs 3 S 1 auch von denen zugrundegelegt, die eine Bindung an einen elterlichen Änderungsvorschlag im allgemeinen ablehnen, vgl MünchKomm-Hinz Rz 9; KG FamRZ 1983, 1055, 1057). Dabei ist zu beachten, daß die Kontinuitäts- und Stabilitätsinteressen des Kindes durch eine solche Änderung idR nicht verletzt werden, denn nach den bisherigen rechtstatsächlichen Erkenntnissen bleibt das Kind faktisch weiterhin

beim bisher alleinorgerechtigten Elternteil („Residenzmodell“, vgl § 1671 Rz 179). Veränderungen durch erweiterte Kontakte zum anderen Elternteil werden durch die Vorteile intensivierte Kontakts und gemeinsamer Elternverantwortung regelmäßig mehr als aufgewogen. Sind sonstige konkrete Bedenken aus der Sicht des Kindes nicht zu erkennen, ist die beantragte Änderung vorzunehmen.

Steht eine **Änderung** von bisher gemeinsamem Sorgerecht **in die Alleinsorge eines Elternteils** in Frage, so kommt es im Ergebnis nicht darauf an, ob das entsprechende Begehren von beiden Eltern oder nur von einem Elternteil erhoben wurde: Der Kooperationswille beider Eltern ist – im Interesse des Kindes – nicht nur unerlässliche Anordnungs-, sondern auch Bestandsvoraussetzung des gemeinsamen Sorgerechts. Folglich *muß* das FamG zugunsten des Alleinsorgerechts eines Elternteils abändern, sofern nicht die auch in dieser Situation gebotenen Bemühungen um (Wieder-)Herstellung der elterlichen Kooperationsbereitschaft Erfolg haben (§ 17 Abs 2 KJHG, vgl § 1671 Rz 168). Diese Bemühungen sind im besonderen Maße angezeigt, wenn sich nur ein Elternteil vom gemeinsamen Sorgerecht lösen will; aber auch bei beiderseitigem Änderungsantrag der Eltern sind Gespräche und Ausgleichsversuche nicht von vornherein als aussichtslos zu betrachten.

Von der Erkenntnis, *daß* geändert werden muß (vgl dazu auch HOLZHAUER FamRZ 1982, 109, 115 f), ist die Folgefrage zu unterscheiden, **welchem Elternteil** fortan die Alleinsorge zustehen soll. Liegt insoweit ein *übereinstimmender Elternvorschlag* vor, hat dieser die Bindungswirkung des § 1671 Abs 3 S 1 (oben Rz 44). In Ermangelung eines Elternvorschlages muß – da die Eltern das gemeinsame Sorgerecht auch nach der Scheidung bislang fortgeführt hatten – nunmehr im Rahmen des § 1696 Abs 1 **wie bei einer Erstentscheidung gem § 1671 Abs 2 zwischen den Eltern entschieden werden**. Soweit sich – insbes beim „Residenzmodell“ (vgl Rz 46) – beim hauptbetreuenden Elternteil eine besondere Bindung und ein entsprechendes Kontinuitätsbedürfnis des Kindes aufgebaut haben, kann dem gem § 1671 Abs 2 in gleicher Weise Rechnung getragen werden wie bei längerer Trennungsphase vor der Scheidung (§ 1671 Rz 126 ff).

bb) Das Kind lebt seit längerem beim nichtsorgeberechtigten Elternteil

49

Lebt das Kind seit längerem beim nichtsorgeberechtigten Elternteil und begehrt dieser nun eine rechtliche Sanktionierung der faktischen Betreuungsverhältnisse, weicht der Sachverhalt ganz wesentlich von demjenigen ab, auf den § 1696 Abs 1 und die zu dieser Vorschrift entwickelten Grundsätze ausgerichtet sind. Die zentralen Gesichtspunkte der Änderungsregelung, dh **Kontinuität und Stabilität** der kindlichen Lebensverhältnisse sind primär auf die *tatsächliche* und nicht auf die rechtliche Zuordnung des Kindes bezogen (vgl OLG Hamburg FamRZ 1982, 532; COESTER, Kindeswohl 330 f) – sie sprechen hier also nicht gegen, sondern **für eine Änderung**. Die allgemeine Änderungsschwelle der §§ 1696 Abs 1, 1671 (s Rz 30 ff, 36) existiert in derartigen Fällen nicht, die Fragestellung des § 1696 Abs 1 kehrt sich geradezu in ihr Gegenteil um: Was spricht ausnahmsweise *gegen* eine Änderung, bzw gibt es „gravierende Gründe für eine Rückführung des Kindes“ zum bisher sorgeberechtigten Elternteil? (OLG Schleswig FamRZ 1990, 433, 434; ähnl OLG Zweibrücken FamRZ 1975, 172, 176 f; OLG Düsseldorf ZfJ 1988, 466, 467 [ist Trennung Kind/nichtsorgeberechtigter Elternteil „erforderlich“?]; BGH NJW-RR 1986, 1130, 1131 [Nichtänderung wäre kindesschädlicher Kontinuitätsbruch]; vgl weiter OLG Karlsruhe FamRZ 1959, 258, 259; OLG Hamm FamRZ 1968, 530, 533; FamRZ 1981, 600; OLG Hamburg FamRZ 1982, 532; OLG Celle FamRZ 1985, 527 [Änderung in gemeinsames Sorgerecht]). Es wirkt eigentümlich sachverhaltsblind, wenn trotz 1½-jährigen Aufenthalts des Kindes beim nichtsorgeberechtigten Elternteil die Sorgerechtsänderung mit Hinweis auf die Kontinuitätsinteressen des Kindes

abgelehnt wird (vgl BayObLG FamRZ 1976, 41, 42 f [im Ergebnis aber aus anderen Gründen gerechtfertigt]).

- 50** Die Anwendung dieser Grundsätze erscheint allerdings problematisch, wenn die tatsächliche Betreuungssituation auf **rechtswidrigem** (Kindesentführung) oder illoyalem Verhalten des nichtsorgeberechtigten Elternteils beruht (zB abredewidrige Weigerung, das Kind nach kurzzeitiger Betreuungsübernahme wieder herauszugeben). In erster Linie liegt es in der Verantwortung der Gerichte, hier durch beschleunigte Verfahren und konsequente Befolgung der internationalen Kindesentführungsabkommen (dazu § 1671 Rz 228 ff) kontinuieritätsrelevante Betreuungszeiträume beim nichtsorgeberechtigten Elternteil gar nicht erst entstehen zu lassen. Sind diese dennoch entstanden, so ist in der Änderungsfrage die **strikte Orientierung am Kindeswohl** geboten: Eine nach allgemeinen Grundsätzen des § 1696 Abs 1 angezeigte Änderung darf nicht zwecks Sanktionierung elterlichen Fehlverhaltens versagt werden (vgl OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 601, 602; OLG Schleswig FamRZ 1990, 433, 435; zum staatlichen Sanktionsinteresse als Entscheidungsgesichtspunkt s § 1671 Rz 63); legitim bleibt allerdings die (proportionale) Berücksichtigung des Elternverhaltens im Rahmen der allgemeinen Eignungsbeurteilung (dazu § 1671 Rz 85, 111). Umgekehrt sind aber auch vorschnelle Änderungen zugunsten des Elternteils, der das Kind aus dem Ausland nach Deutschland verbracht hat, unzulässig (§ 1671 Rz 237, 239). Nationalistische und Sanktionierungstendenzen können zusammen, aber gleichermaßen sachfremd schließlich Änderungsentscheidungen motivieren, wenn der sorgeberechtigte Elternteil mit dem Kind ins Ausland zieht (dazu ausf Rz 54 ff).

51 cc) Verstöße des Sorgeberechtigten gegen § 1634 Abs 1 S 2; Umgangsvereitelungen

Verletzungen der „Wohlverhaltenspflicht“ des § 1634 Abs 1 S 2, insbes Vereitelungen des Umgangs zwischen Kind und nichtsorgeberechtigtem Elternteil durch den Sorgeberechtigten führen immer wieder zu Änderungsanträgen. Die Fähigkeit eines Elternteils, dem Kind auch nach der Trennung vom Partner ein positives Bild von diesem zu vermitteln und Kontakte zu ermöglichen, günstigenfalls sogar zu fördern, ist bereits im Rahmen der Erstentscheidung nach § 1671 ein wesentliches Kriterium der Elterneignung (§ 1671 Rz 94 mwN). Nach der Sorgerechtszuweisung verpflichtet § 1634 Abs 1 S 2 die Eltern vor allem zu spannungsfreier, loyaler Gewährung und Ausübung des vereinbarten und angeordneten Kontaktes zwischen Kind und nichtsorgeberechtigtem Elternteil (vgl grundsätzlich § 1634 Rz 4, 50, 69 ff). Die Vereitelung des Umgangs durch den Sorgeberechtigten bedeutet regelmäßig eine schwerwiegende Verletzung der Kindesinteressen. Dennoch besteht weitgehende Einigkeit, daß als Reaktion auf diese Rechtsverletzung eine **Änderung der Sorgerechtszuweisung jedenfalls nicht als routinemäßige Sanktion** in Betracht kommt – auch hier entscheidet ausschließlich die nach § 1696 Abs 1 gebotene **Abwägung von Änderungs- und Beharrungsinteressen des Kindes** über die Änderungsfrage (s § 1634 Rz 305 mwN; Nachw aus den Gesetzgebungsmaterialien bei BVerfG FamRZ 1983, 872, 874; vgl JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER § 1634 Rz 18). Das Fehlverhalten des Sorgeberechtigten kann legitimerweise beim Eignungsvergleich der Eltern und der Frage berücksichtigt werden, ob das Kindeswohl langfristig so viel besser beim nichtsorgeberechtigten Elternteil gewahrt wäre, daß die Wechselnachteile demgegenüber zurücktreten (vgl OLG Bamberg FamRZ 1990, 1135, 1137; OLG Schleswig FamRZ 1990, 433, 435 [obiter]). Dabei kann es für die Gewichtung des Eignungsmangels eine Rolle spielen, aus welchen Motiven der Sorgeberechtigte den Umgang vereitelt (etwa haßerfüllte Haltung gegenüber dem früheren Gatten oder gutgläubige Überzeugung bester Kindeswohlwahrung, zu letzterem OLG Karlsruhe FamRZ 1978, 201 f).

Gewinnt jedoch, *darüber hinausgehend*, das Sanktionsstreben des FamG entscheidungsleitende Bedeutung, wird das Kind zum Objekt staatlicher Rechtsdurchsetzung und zum eigentlich Bestraften für die elterliche Pflichtverletzung (§ 1634 Rz 305). Insoweit ist auch Vorsicht geboten mit Änderungsdrohungen schon bei der Erstzuweisung für den Fall, daß der Begünstigte den Kontakt zwischen Kind und nichtsorgeberechtigtem Elternteil blockieren sollte (vgl. KG FamRZ 1983, 1159, 1161; OLG Köln FamRZ 1982, 1232, 1234 f). So notwendig nachdrückliche Ermahnungen an zerstrittene Eltern oft auch sein mögen, so sicher sollten die Gerichte doch auch selbstgesetzten Zugzwang vermeiden.

Vorrangig vor einer das Kind offenkundig belastenden Änderung sind **weniger** 52 **einschneidende Maßnahmen**, die bei Verbleib des Kindes beim Sorgeberechtigten die Umgangsproblematik lösen könnten (vgl. oben Rz 38, 39). Insoweit kommt vor allem die *Androhung und Verhängung von Zwangsgeldern* gem § 33 Abs 1, 3 FGG in Betracht (BGH NJW-RR 1986, 1264, 1265). Auch Hilfen von seiten des Jugendamts, vor allem aber auch engagierter Verbände sind – soweit erreichbar – zu vermitteln (vgl. GAIER, Das „betreute Besuchsrecht“, FamRZ 1990, 1330 f). Umstritten ist, ob weitgehend gem §§ 1696 Abs 1, 1671 Abs 5 eine „*Umgangspflegschaft*“ angeordnet werden kann, dh eine Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf das Jugendamt als Pfleger für die jeweiligen Umgangszeiträume (**bejahend** OLG Bamberg FamRZ 1985, 1175, 1178 [Anm SCHÜTZ]; AG Rosenheim DAVorm 1987, 144; AG Aalen FamRZ 1991, 360 f [Anm LUTHIN]; **abl** BGH NJW-RR 1986, 1264, 1265 [aufhebend OLG Bamberg aaO]; STAUDINGER-PESCHEL-GUTZEIT § 1634 Rz 305). Eine solche Maßnahme löst das Problem jedenfalls nicht, wenn der Sorgeberechtigte neben der physischen Kontaktverhinderung das Kind gegen den nichtsorgeberechtigten Elternteil negativ beeinflusst und eine entsprechende Umgangsverweigerung durch das Kind verursacht hat (OLG Bamberg aaO; vgl. auch BGH FamRZ 1985, 165, 171; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER § 1634 Rz 18). Aber auch sonst scheidet die Umgangspflegschaft als „geeignetes milderes Mittel“ zumindest dann aus, wenn die Fronten bereits verhärtet sind und der Sorgeberechtigte selbst vom Jugendamtsmitarbeiter unterstützte Abholungsversuche bereits vereitelt hat (BGH NJW-RR 1986, 1264, 1265).

Bleibt dem Gericht nur die Alternative, entweder die Sorgerechtszuweisung zu 53 ändern oder das Verhalten des Sorgeberechtigten hinzunehmen, so wird der Bereitschaft des derzeit nicht sorgeberechtigten Elternteils, seinerseits den Kontakt mit dem anderen Elternteil zu ermöglichen, sowie dem Gewicht des Bindungs- und Kontinuitätsaspekts im konkreten Fall ausschlaggebende Bedeutung zukommen (zur „funktionsbestimmten Änderungsschwelle“ s. oben Rz 36). Hätte das Kind auch beim derzeit nicht sorgeberechtigten Elternteil voraussichtlich keinen befriedigenden Kontakt zu *beiden* Elternteilen, scheidet eine Änderung als untaugliches Mittel zur Wahrung der Kindesinteressen aus. Wäre der Umgang des Kindes bei einer Sorgerechtsänderung gewährleistet, wird diese regelmäßig vorzunehmen sein, wenn auch der nichtsorgeberechtigte Elternteil sorgegeeignet ist und eine tragfähige Beziehung zum Kind noch besteht – die Wechselprobleme könnten dann durch den langfristigen Vorteil, Kontakt zu beiden Eltern zu haben, aufgewogen werden. Hat das Kind jedoch eine starke Bindung an den (im übrigen geeigneten) sorgeberechtigten Elternteil und ist es dem anderen Elternteil weitgehend entfremdet oder lehnt es ihn auf Grund der Beeinflussung durch den Sorgeberechtigten ab, dann würde eine dennoch angeordnete Sorgerechtsänderung vor allem das Kind bestrafen, der status quo muß also im Kindesinteresse hingenommen werden (zu dieser grundsätzlichen Wertabwägung BGH FamRZ 1985, 169 = NJW 1985, 1702 [zu § 1671]; OLG Karlsruhe FamRZ 1978, 201, 202; bedenklich deshalb BGH NJW-RR 1986, 1264, 1265 [mit entwicklungspsychologisch längst überholten Aussagen zur Kindesbin-

dung]). Auch sonst ist anerkannt, daß im unauflöslichen Konflikt zwischen Sorgerecht und Umgangsrecht letzteres zu weichen hat (Rz 55).

54 dd) Auswanderung oder Wegzug des Sorgerechtigten mit Kind

Wegzug an einen entfernten Ort oder gar Auswanderung von Sorgerechtigtem und Kind können dessen *Kontakt mit dem anderen Elternteil* faktisch sehr erschweren oder gar unmöglich machen. Außerdem können mit dem Umzug *Belastungen für das Kind* verbunden sein, die durch eine Sorgerechtszuweisung an den nichtsorgberechtigten Elternteil vermieden werden könnten. Beide Aspekte sind strikt auseinanderzuhalten.

55 Hinsichtlich des **Konflikts zwischen Sorgerecht und Umgangsrecht** ist auf die ausführliche Darstellung bei § 1634 (Rz 309–313 mwN [PESCHEL-GUTZEIT]; vgl auch COESTER, Kindeswohl 341 f, 343 f) zu verweisen. Demnach beschränkt das Umgangsrecht nicht die Kompetenz des Sorgerechtigten zur Aufenthaltsbestimmung für das Kind, zur verantwortlichen Führung der Teilfamilie mit dem Kind sowie sein Recht auf Freizügigkeit. „Triftige Gründe“ für die Auswanderung sind nicht zu verlangen. Die geplante oder erfolgte Auswanderung ist als Faktum zu nehmen, das der nach § 1696 Abs 1 grundsätzlich gebotenen **Abwägung der Kindesinteressen** zugrunde zu legen ist (eine Untersagung der Auswanderung auf der Grundlage von §§ 1634 Abs 2 oder 1666 kommt regelmäßig nicht in Betracht, s § 1634 Rz 311). Ergeben sich bei dieser Abwägung keine „triftigen, das Kindeswohl nachhaltig berührenden Gründe für eine Änderung“ (vgl oben Rz 31, 37), so muß der nichtsorgberechtigte Elternteil die Auswanderung seines Kindes hinnehmen, seine Rechtsposition tritt zurück hinter der stärkeren des Sorgerechtigten (Nachw s § 1634 Rz 313; BGH FamRZ 1990, 392, 393; vgl § 1671 Rz 97; zu Konsequenzen hinsichtlich geschuldeten Ehegattenunterhalts vgl BGH FamRZ 1987, 356 ff).

56 Im Rahmen der **Kindesinteressen** ist der Umstand unbeachtlich, daß das Kind faktisch einen Elternteil verlieren wird – dies wäre auch bei einer Sorgerechtsänderung der Fall. Angesichts des auf jeden Fall eintretenden Wechsels des Aufenthaltsorts kommt der Umgebungskontinuität keine Bedeutung als änderungsfeindlicher Gesichtspunkt zu (anders bei seit längerem vollzogener Auswanderung); umso größeres Gewicht erlangt angesichts des teilweisen Elternverlusts die Bindungskontinuität wie auch der Kindeswille. Im übrigen sind die konkreten Umstände der (geplanten) Auswanderung sowie die Lebensverhältnisse am neuen Aufenthaltsort in die Abwägung einzubeziehen (zB Umschulung mitten im Schuljahr vgl OLG München FamRZ 1981, 389, 390 f; mangelnde Sprachkenntnisse der Kinder OLG München aaO, vgl demgegenüber aber BGH FamRZ 1990, 392, 393 f [Vorteil späterer Zweisprachigkeit]; gesundheitliche Bedenken, vgl OLG München FamRZ 1977, 749, 750 [1-monatiger Säugling nach Saudi-Arabien, einstweilige Anordnung im Verfahren nach § 1672]; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931 f [zwei Kleinkinder nach Pakistan; Fall des § 1666]). Auch wesentliche Verschlechterungen der kulturellen oder wirtschaftlichen Lebensbedingungen können zu beachten sein (anders im Rahmen des § 1666, OLG Zweibrücken aaO). *Unzulässig* ist jedoch jede pauschale Unterstellung schlechterer Lebensbedingungen im Ausland oder gar eine negative Bewertung fremder Kultur und des Auslandsaufenthalts schlechthin (vgl § 1671 Rz 96; GERNHUBER § 53 III 8, § 56 VIII 2 [„Deutschtümerei“]; JOHANNSEN-HENRICH-JAEGER § 1634 Rz 20; vgl OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 91, 92).

57 Im Grundsatz nichts anderes gilt für die „dolose Auswanderung“, mit der der Sorgerechtigte den Zweck verfolgt, den Umgang des Kindes mit dem anderen Elternteil zu unterbinden (§ 1634 Rz 314; OLG Karlsruhe FamRZ 1978, 201 f).

Insoweit steht die Auswanderung internen Umgangsvereitelungen gleich (dazu oben Rz 51 ff).

Entsprechend ist schließlich zu entscheiden, wenn der auf Grund ausländischer Gerichtsentcheidung sorgeberechtigter Elternteil mit dem Kind **nach Deutschland** zieht, ihm daraufhin vom ausländischen Gericht zugunsten des anderen Elternteils das Sorgerecht entzogen wird und er nun beim deutschen FamG eine Rückänderung und Wiederherstellung seines Sorgerechts beantragt. Ist die ausländische Änderungsentscheidung anerkennungsfähig (was wegen ihres Sanktionscharakters zweifelhaft sein kann, vgl § 1671 Rz 63, 227), so ist über eine erneute Änderung allein nach dem Kindeswohl entspr § 1696 (iVm Art 1,2 MSA) zu entscheiden – „Deutschtümerei“ ist auch hier fehl am Platz (ebenso wie umgekehrt übertriebene Höflichkeit gegenüber dem ausländischen Staat, vgl OLG Hamm FamRZ 1975, 426, 428 mit der Frage nach „triftigen Gründen“ für eine Rückkehr der geschiedenen deutschen Mutter nach Deutschland).

ee) Änderungswille des Kindes

59

Der Wunsch des Kindes, zum nichtsorgeberechtigten Elternteil zu wechseln, ist wie bei der Erstentscheidung ein **beachtlicher Kindeswohlfaktor**, sowohl als Indiz für die persönlichen Bindungsverhältnisse wie auch als Ausdruck bewußter Eigenentscheidung zwischen den getrennten Eltern (vgl § 1671 Rz 117, 118 ff, 122 ff). Typische Gründe für das Änderungsbegehren des Kindes sind die Übergehung seines Willens bei der Erstentscheidung, Situationsveränderungen beim einen oder anderen Elternteil oder eine entwicklungsbedingte Hinwendung zum nichtsorgeberechtigten Elternteil.

Zwar ist der Änderungswille des Kindes, anders als bei der Erstentscheidung, auf den Wechsel von einem rechtlich konstituierten Familienverband in einen anderen gerichtet, dennoch gelten insoweit nicht die zum Konflikt zwischen Kind und Elternhaus entwickelten Grundsätze des § 1666. Zwischen den leiblichen Eltern, also innerhalb des natürlichen Familienverbandes, entfaltet das Kindeswohlprinzip größere Wirkungsmöglichkeiten als bei der Wahl zwischen Eltern und Dritten, und die Erkenntnis, daß der kindesschädliche Zerfall der elterlichen Gemeinschaft als Kehrseite eine Chancenerweiterung für das Kind mit sich bringt (oben Rz 36), ist auch beim Änderungsbegehren des Kindes zu berücksichtigen. Setzt sich der Kindeswille in Extremfällen sogar zugunsten einer Drittplatzierung durch (§ 1666 Rz 119), so muß ihm wesentlich größeres Gewicht bei der Änderungsentscheidung zwischen den Eltern zukommen.

Trotz des somit erheblichen Gewichts des Kindeswillens (vgl BGH FamRZ 1986, 895, 896) bleibt dieser jedoch auch im Rahmen des § 1696 Abs 1 eines von mehreren Kriterien des übergeordneten und entscheidungsleitenden Kindeswohlprinzips: Das Kind hat nicht die formale Entscheidungskompetenz über seinen Aufenthalt, sein Wille bleibt grundsätzlich der Kontrolle am Maßstab seines Wohls unterworfen (vgl § 1671 Rz 116). Demgemäß besteht Einigkeit, daß der **Kindeswille allein eine Änderungsentscheidung noch nicht rechtfertigt** (BayObLG FamRZ 1986, 38, 41; OLG Hamm FamRZ 1968, 533, 534; FamRZ 1988, 1313, 1314; OLG Köln FamRZ 1972, 572, 573; OLG Stuttgart FamRZ 1978, 827, 828; ERMAN-MICHALSKI Rz 4; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 6; SOERGEL-STRÄTZ Rz 12). Trotz des kindlichen Änderungswunsches behalten die Gesichtspunkte der Kontinuität und Stabilität der familiären Lebensverhältnisse zT ihre objektive Bedeutung für die Kindesentwicklung. Die Überantwortung der Entscheidungskompetenz an das Kind könnte es verstärkt zum Objekt elterlicher Beeinflussungsstrategien machen, sei es auch nur durch vom Umgangsberechtigten dargebotene „Sonntagsbedingungen“ (ausf OLG

Hamm FamRZ 1988, 1313 f; vgl OLG Bamberg FamRZ 1988, 750, 751 [zu § 1671 nach Entscheidung gem § 1672]), und die Qualität der elterlichen Erziehung, insbes hinsichtlich notwendiger, aber „unpopulärer“ Entscheidungen, beeinträchtigen (vgl COESTER, Kindeswohl 339).

- 62** Dennoch kann der Kindeswille den **Ausschlag für eine Sorgerechtsänderung geben**, wenn die Platzierung beim nichtsorgeberechtigten Elternteil der bisherigen zwar leicht überlegen wäre, dieser Vorteil allein aber nicht für die Änderungsschwelle des § 1696 ausreichen würde (vgl OLG Schleswig FamRZ 1990, 433, 434). Auch wenn das Kind schon faktisch zum anderen Elternteil „übergelaufen“ ist und beharrlich dort bleiben will, wird dem Kindeswillen bei annähernd gleicher Eignung der Eltern nachzugeben sein (OLG Schleswig aaO; OLG Düsseldorf ZfJ 1988, 466 f): Die änderungsfeindlichen Gesichtspunkte der Kontinuität und Stabilität haben bei dieser Fallgestaltung ihr Gewicht im wesentlichen verloren. Aber auch sonst kann, ungeachtet der objektiven Eignungsbeurteilung, dem strikten und nachhaltigen Willen heranwachsender Kinder kaum etwas entgegengesetzt werden, ein „Brechen“ des Kindeswillens kommt regelmäßig nicht in Betracht: Es wäre mit der Grundrechtsposition des Kindes nicht vereinbar und würde das Kindeswohlprinzip pervertieren (vgl BayObLG FamRZ 1974, 534 [mit den Vorentscheidungen FamRZ 1974, 150 und 326]; OLG Köln FamRZ 1971, 188, 189 f; OLG Düsseldorf ZfJ 1988, 466, 467; LG Landau FamRZ 1967, 405, 406; eindringlich SCHÜTZ-JORT ZfJ 1988, 349, 353 [zum Fall des OLG Düsseldorf aaO]). Nicht selten ist es auch notwendig, Erstentscheidungen, in denen ein nachhaltiger Kindeswille übergangen wurde, später dann doch im Änderungswege zu korrigieren (BayObLG FamRZ 1974, 534; OLG Hamburg FamRZ 1960, 123). Aus kinderpsychiatrischer Sicht ist ein *rechtzeitiger* Wechsel zum vom Kind gewünschten Elternteil sowohl für das Kind wie für seine Beziehungen zum noch sorgeberechtigten Elternteil schonender als beharrliche Versuche, die „eigentlich richtige“ Lösung durchzusetzen (KALTENBORN FamRZ 1987, 990, 998). Eine *Ausnahme* muß gelten bei Defiziten des gewünschten Elternteils, die ihn im Lichte des Kindeswohls als schlechthin *ungeeignet* zur Sorgerechtsausübung erscheinen lassen, oder wenn das Kind sich in schon psychopathischer Weise in seinen Wunsch „verrannt“ hat, dieser also weder die wirklichen Bindungsverhältnisse repräsentiert noch als Ausdruck eigenverantwortlicher Selbstbestimmung genommen werden kann (OLG Hamm FamRZ 1988, 1313, 1314).
- 63** Im **Gesamtergebnis** könnte als **Grundsatz** postuliert werden: Der ernsthafte und nachhaltige Wechselwille des Kindes kehrt die allgemeine Fragestellung des § 1696 Abs 1 (Rz 31, 37) um, es ist zu fragen, welche Gründe des Kindeswohls der regelmäßig indizierten Änderung konkret entgegenstehen könnten.

64 ff) Sonstige Gesichtspunkte

Auch aus anderen als den vorerwähnten Gründen kann eine Sorgerechtsänderung angezeigt sein – stets dann, wenn sich bei einem Vergleich der elterlichen Platzierungsalternativen im Lichte der **Gesamtheit aller Kindeswohlaspekte** die Situation beim nichtsorgeberechtigten Elternteil als so überlegen erweist, daß demgegenüber die Kontinuitäts- und Stabilitätsinteressen des Kindes zurücktreten. Dieser Befund kann beruhen auf einer Verschlechterung der Situation beim Sorgeberechtigten, auf Verbesserungen beim anderen Elternteil oder auch nur auf der Erkenntnis, daß die Erstentscheidung falsch war (vgl Rz 12). Niemals kann dabei ein Kindeswohlaspekt für sich allein die Änderungsfrage entscheiden, *ausschlaggebend darf stets nur eine Gesamtabwägung des Kindeswohls im konkreten Fall und auf beiden Elternseiten sein.*

- 65** Die **Situation beim sorgeberechtigten Elternteil** kann sich *verschlechtern* auf Grund ökonomischer oder sozialer Probleme, die auch das Eltern-Kind-Verhältnis bela-

sten. Nimmt der bislang nicht berufstätige Sorgeberechtigte eine Erwerbstätigkeit auf und überläßt er deshalb die Betreuung des Kindes weitgehend Dritten, so *kann* dies eine Änderung nahelegen (OLG Stuttgart FamRZ 1976, 34, 35 f; vgl dagegen OLG Hamm FamRZ 1968, 533, 534). Gleiches gilt bei Betreuungsmängeln wegen Alkohol- oder Drogenkonsums oder wegen forciertem Selbstverwirklichung des Elternteils ohne Rücksicht auf das Kind. Auch unabhängig davon ist eine häufige Verschlechterung des Eltern-Kind-Verhältnisses in der nahehelichen Teilfamilie festgestellt worden, die auf der veränderten Funktionsverteilung und Lebenssituation beruht (vgl COESTER, Kindeswohl 336 mwN).

Die **Wiederheirat des Sorgeberechtigten** muß nicht stets negative Auswirkungen auf das Kind haben, sie birgt auch positive Chancen für das Kind in sich (ie FTHENAKIS ArchsozArb 1986, 174 ff, 193; vgl § 1671 Rz 95; heiraten die Eltern einander erneut s § 1671 Rz 197, 200; zum Wiederezusammenleben getrennter Eheleute § 1672 Rz 22; bei Wiederezusammenleben geschiedener Gatten ohne Heirat liegt Änderung zugunsten gemeinsamen Sorgerechts nahe). Bei Heirat eines neuen Partners können allerdings Unverträglichkeiten mit dem Stiefelternteil oder Stiefgeschwistern eine Änderung begründen (OLG Hamm FamRZ 1968, 533, 534; OLG Karlsruhe FamRZ 1968, 266 f; OLG Stuttgart OLGZ 1966, 471 ff; LG Berlin FamRZ 1969, 219) oder Bedenken aus der Person des neuen Ehegatten (BGHZ 3, 60; BayObLG FamRZ 1964, 640, 641 [erhebliche Vorstrafen]; LG Berlin aaO [Schläge durch Stiefvater; vgl aber dagegen OLG Hamm aaO: Schläge durch Stiefmutter „möglicherweise erforderlich und angebracht“]). Daß der neue Ehegatte der „Scheidungsgrund“ für die Ehe war, genügt allein noch nicht (BayObLGZ 1951, 300, 309 f), möglicherweise aber bei strikter Ablehnung durch das Kind. Die neue Familienbildung geht nicht selten mit einer kindeswohlwidrigen Abschottung gegenüber dem nichtsorgeberechtigten Elternteil einher, die zu Umgangsvereitelungen und Anträgen auf Namensänderung führen kann (dazu § 1666 Rz 100; vgl FTHENAKIS 192).

Im wesentlichen das gleiche gilt bei **nichtehelichem Zusammenleben des Sorgeberechtigten mit einem neuen Partner**. Die Ehelosigkeit der Lebensgemeinschaft als solche ist auch dann kein Änderungsgrund, wenn der Partner noch anderweitig verheiratet ist (vgl § 1671 Rz 80 f; MünchKomm-HINZ Rz 12; SOERGEL-STRÄTZ Rz 12; zu gegenteiliger früherer Rechtsprechung COESTER, Kindeswohl 344). Anderes kann gelten, wenn das Kind durch häufigen Partnerwechsel verunsichert oder dem elterlichen Geschlechtsleben unvermittelt ausgesetzt ist, etwa in einer promiskuitiven Lebensgemeinschaft (vgl OLG Stuttgart FamRZ 1985, 1285 [Änderung nach Gesamtabwägung des Kindeswohls dennoch vertretbar ablehnend wegen guter Entwicklung des Kindes und enger Bindung zur sorgeberechtigten Mutter]; zu dieser Entscheidung s § 1666 Rz 57, 89, 92; § 1671 Rz 63, 82).

Als Änderungsgrund wurden desweiteren angesehen der Einzug des Sorgeberechtigten mit Kind in eine **Hausbesetzergemeinschaft** (AG Berlin-Charlottenburg KJ 1983, 208 ff [allerdings mit Aussetzung des Verfahrens, um der sorgeberechtigten Mutter eine Überlegungsfrist zu gewähren], krit dazu MÜNDER EzFamR § 1671 Nr 5); die **Unterlassung gebotener ärztlicher Behandlung** (KG NJW-RR 1990, 716 f) oder **Förderung eines sprachgestörten Kindes** (OLG Hamm FamRZ 1979, 855 [Vormundbestellung]).

Verbesserungen beim nichtsorgeberechtigten Elternteil können sich aus dessen gesundheitlicher oder psychischer Stabilisierung ergeben oder aus seiner **Wiederheirat**, wenn der Elternteil daraufhin seine Berufstätigkeit aufgibt und für die persönliche Betreuung des Kindes zur Verfügung steht oder wenn sein neuer Gatte die Betreuung übernehmen kann (vgl LG Berlin FamRZ 1969, 219; LG Landau FamRZ 1967, 405) oder sonst stabilisierend und kindeswohlförderlich erscheint

(OLG Hamburg FamRZ 1982, 532, 533). Allerdings reichen derartige Situationsverbesserungen für eine Sorgerechtsänderung regelmäßig nicht aus, solange das Kind beim sorgeberechtigten Elternteil gut untergebracht ist (BayObLGZ 1951, 330, 334; KG FamRZ 1967, 411 f; OLG Stuttgart FamRZ 1978, 827, 829). Anderes kann gelten, wenn die Zuweisung zum Sorgeberechtigten wegen Ausfalls des anderen Elternteils nur eine „Notlösung“ war (OLG Stuttgart FamRZ 1976, 34, 35; GERNHUBER § 56 VIII 2) oder wenn das Kind überwiegend nicht vom Sorgeberechtigten, sondern von dritten Personen betreut wird (allerdings kann eine gewachsene Bindung an die Betreuungsperson, zB Großeltern, der Änderung entgegenstehen, SOERGEL-STRÄTZ Rz 12). *Unzulässig* sind jedoch frühere Tendenzen der Gerichte, Sorgerechtsübertragungen auf den Vater regelmäßig oder jedenfalls bei Kleinkindern als „Notlösung“ anzusehen und zugunsten der Mutter zu ändern, sobald sich deren Verhältnisse konsolidiert haben (OLG Stuttgart FamRZ 1978, 827, 829; SIMITIS, FS Müller-Freienfels [1986] 579, 614 Fn 97; vgl COESTER, Kindeswohl 335 Fn 844 mwN).

- 70 Ist nach der gebotenen Gesamtabwägung des Kindeswohls eine Änderung angezeigt, so muß diese nicht daran scheitern, daß der nichtsorgeberechtigte Elternteil sich inzwischen einer **Geschlechtsumwandlung** unterzogen hat (OLG Schleswig FamRZ 1990, 433, 434 f mit zurückhaltender Anm LUTHIN). Auch nach der Umwandlung bleibt er „Elternteil“ im Rechtssinne (§ 11 TSG). Probleme des Kindes im Hinblick auf die Geschlechtsveränderung (vgl § 1671 Rz 76) können durch persönliche Qualitäten und andere Umstände (zB Kindeswille, OLG Schleswig aaO) aufgewogen werden. Entsprechendes gilt bei Geschlechtsumwandlung beim sorgeberechtigten Elternteil.

71 d) Änderungsfolgen

Die Änderung der Sorgerechtszuweisung läßt regelmäßig die Geschäftsgrundlage für eine **Unterhaltsvereinbarung** oder einen Unterhaltsvergleich wegfallen (OLG Köln FamRZ 1979, 328); eine Unterhaltsberechtigung des bisher Sorgeberechtigten aus § 1570 entfällt und kann umgekehrt in der Person des anderen Elternteils entstehen – demgemäß kommt die Abänderung von Unterhaltsurteilen gem § 323 ZPO oder eine Vollstreckungsgegenklage gem § 767 ZPO in Betracht.

Das **Kindesvermögen** ist gem § 1698 Abs 1 an den nunmehr sorgeberechtigten Elternteil herauszugeben (zur Herausgabe von persönlichen Gebrauchsgegenständen des Kindes PESCHEL-GUTZEIT MDR 1984, 890 ff). Das **Kind** selbst ist auf entsprechendes Verlangen gem § 1632 Abs 1 herauszugeben, im Verweigerungsfall wird eine gesonderte Entscheidung gem § 1632 Abs 3 (mit erneuter, aber eingeschränkter Kindeswohlprüfung) notwendig.

II. Zuständigkeit und Verfahren

72 1. Zuständigkeit

Die **sachliche Zuständigkeit** des VormG oder FamG für eine Änderungsentscheidung richtet sich nach der für die Erstentscheidung: Familiengerichtliche Entscheidungen werden vom FamG, vormundschaftsgerichtliche Entscheidungen vom VormG geändert. Dies gilt auch, wenn die Erstentscheidung in höherer Instanz ergangen ist, denn es handelt sich um ein neues, selbständiges Verfahren (BayObLG DAVorm 1984, 1048, 1055; FamRZ 1981, 86, 87; DAVorm 1979, 768). Ob innerhalb des Gerichts der Richter oder der Rechtspfleger zuständig ist, richtet sich nach der jeweiligen Sachfrage (§§ 3 Nr 2 a, 14 RPfG).

Die **örtliche Zuständigkeit** kann wegen der Selbständigkeit des Verfahrens (Rz 2) eine andere sein als bei der Erstentscheidung (BGH FamRZ 1990, 1101, 1102; BayObLG FamRZ 1990, 1132, 1134; FamRZ 1976, 41, 43). Sie folgt aus §§ 43, 36 FGG; dies gilt auch für das FamG (über §§ 621 Abs 2 S 2, 621 a Abs 1 S 1 ZPO; anders nur bei Anhängigkeit einer Ehesache, § 621 Abs 2 S 1 ZPO).

2. Verfahren

73

Einleitung des Verfahrens und Ermittlungen erfolgen vAw (§ 12 FGG). Änderungsanträge haben deshalb rechtlich nur die Bedeutung von „Anregungen“ (BayObLG DAVorm 1982, 611, 613), die das Gericht nicht binden. Ob ein Änderungsverfahren eingeleitet wird, entscheidet das Gericht nach **plichtgemäßem Ermessen** – es kann trotz Änderungsantrags die Einleitung ablehnen, wenn keine Anhaltspunkte für eine Änderung ersichtlich sind, oder bei mißbräuchlichen Anträgen, die nur als „Störfeuer“ gegen die Teilfamilie des Sorgeberechtigten dienen (vgl OLG Hamm FamRZ 1981, 600 [alsbald nach Abschluß eines Änderungsverfahrens neuer Änderungsantrag ohne Behauptung neuer Tatsachen]). Auch gegenständliche Beschränkungen eines Antrags hindern das Gericht nicht, eine Sorgerechtsänderung in vollem Umfang zu prüfen (BayObLG FamRZ 1964, 640; OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 91, 92).

Die **Anhörung** der Beteiligten richtet sich nach §§ 50 a bis 50 c FGG; soweit das **Jugendamt** im Erstverfahren zu hören ist (§ 49, 49 a FGG), gilt dies auch für das Änderungsverfahren (BayObLG DAVorm 1984, 1048, 1053; FamRZ 1976, 41, 43; OLG Düsseldorf FamRZ 1979, 859; MünchKomm-Hinz Rz 23; SOERGEL-STRÄTZ Rz 17). Zur Einholung und Verwertung von **Sachverständigengutachten** vgl § 1666 Rz 163 ff; § 1671 Rz 210 ff.

Eine **objektive Beweislast (Feststellungslast)** gibt es im Amtsverfahren nicht. Demgegenüber wird häufig behauptet, die Feststellungslast trage derjenige Elternteil, der die Änderung begehrt (BayObLG DAVorm 1984, 1048, 1053; DAVorm 1982, 611, 613; OLG Stuttgart FamRZ 1974, 538, 540; MünchKomm-Hinz Rz 16). Im Verfahren gem §§ 1696, 1671 stimmt dies immerhin im praktischen Ergebnis wegen der zu überwindenden Änderungsschwelle des § 1696 Abs 1 (vgl Rz 33 f, 36). Ganz verfehlt ist diese Aussage jedoch bei Maßnahmen nach §§ 1666 ff: Eingriffe nach diesen Vorschriften bedürfen auch hinsichtlich ihres Bestandes der fortdauernden Legitimation aus den Kindesinteressen. Selbst bei früherer Kindesgefährdung ist es nicht Sache der Eltern, zu beweisen, daß sie ihr Kind nicht (mehr) gefährden, vielmehr haben die staatlichen Organe nicht nur den Eingriff, sondern auch dessen Fortbestand zu begründen. Zweifel kann im Rahmen der Tatsachenwürdigung Rechnung getragen werden, nicht über Beweislastregelungen (zu Beweisfragen im Kindesschutzrecht vgl ZENZ, Kindesmißhandlung 376 ff).

Einstweilige oder vorläufige Anordnungen sind auch in Änderungsverfahren möglich nach den gleichen Grundsätzen wie im Erstverfahren (vgl §§ 1666 Rz 177 ff, 1671 Rz 213 f). Um mehrfachen Aufenthaltswechsel des Kindes zu vermeiden, ist auf den mutmaßlichen Ausgang des Änderungsverfahrens abzustellen: Eine vorläufige Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf den nichtsorgeberechtigten Elternteil sollte nur erfolgen, wenn (neben der stets erforderlichen Dringlichkeit einer alsbaldigen Regelung) eine Änderung zugunsten dieses Elternteils wahrscheinlich ist (vgl OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 91, 92; BayObLGZ 1961, 262, 264 f; OLG München FamRZ 1981, 389). Letztlich ausschlaggebend ist aber auch hier allein das Kindeswohl im Einzelfall (OLG Köln FamRZ 1971, 188, 189). Entsprechendes gilt für Anordnungen zugunsten des Sorgeberechtigten, wenn das

Kind seit längerem tatsächlich beim anderen Elternteil lebt – der routinemäßige Erlaß einer einstweiligen Anordnung der Herausgabe an den noch sorgeberechtigten Elternteil würde die Gefahr eines mehrfachen Wechsels erhöhen (vgl. den Sachverhalt in OLG Schleswig FamRZ 1990, 433). Um der endgültigen Entscheidung nicht mehr als notwendig vorzugreifen, sind vorläufige Anordnungen strikt auf das *erforderliche Ausmaß zu begrenzen* (BayObLGZ 1961, 262, 266, 268), können sich als idR auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht beschränken (vgl. OLG München FamRZ 1981, 389, 390; FamRZ 1977, 749).

Im Änderungsverfahren nach §§ 1696, 1671 kann durch vorläufige Anordnung *nicht der Umgang* geregelt werden, wenn nicht zugleich ein Umgangsverfahren anhängig ist (OLG Zweibrücken FamRZ 1989, 1108; im Ergebnis zust. MAURER FamRZ 1990, 193 f).

- 77 Bei **Wiederheirat der Eltern während des Änderungsverfahrens** wird dieses gegenstandslos (KG FamRZ 1982, 736; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 6; vgl. § 1671 Rz 200; bei getroffenen oder anstehenden Maßnahmen nach § 1671 Abs 5 vgl. aber § 1671 Rz 197).

78 3. Entscheidung

Eine **Aussetzung der Entscheidung** bei eigentlich angezeigter Änderung kann aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geboten oder zumindest sinnvoll sein, wenn die Hoffnung besteht, daß der grundsätzlich geeignete Sorgeberechtigte, der durch punktuelltes Fehlverhalten Anlaß zum Änderungsverfahren gegeben hat, dieses unter dem Druck der angekündigten Änderungsentscheidung wieder aufgibt. Bei intensiver Bindung des Kindes an den Sorgeberechtigten kann diese so erhalten und der kindesschädigende Einfluß dennoch beseitigt werden (vgl. AG Berlin-Charlottenburg KJ 1983, 208, 210, betr. eine sorgeberechtigte Mutter, die mit dem Kind in eine Hausbesetzergemeinschaft gezogen war, s. oben Rz 68; zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Änderungsverfahren oben Rz 38, 39).

- 79 Das Verfahren ist **stets durch eine Endentscheidung abzuschließen**, auch wenn die Änderung abgelehnt wird. Das gilt auch, wenn die Sache zwecks weiterer Maßnahmen durch das VormG an dieses abgegeben wird (oben Rz 7).

Die Entscheidung wird **wirksam** mit (formloser) Bekanntgabe an die Eltern oder den künftigen Sorgeberechtigten. Dies gilt – trotz § 329 Abs 3 ZPO – auch für familiengerichtliche Entscheidungen, § 621 a Abs 1 S 1 ZPO; die förmliche Zustellung nach § 329 Abs 2 ZPO hat nur Bedeutung für den Beginn der Rechtsmittelfrist (OLG Stuttgart FamRZ 1982, 429).

80 4. Rechtsmittel

Gegen *vormundschaftsgerichtliche* Änderungsentscheidungen ist einfache Beschwerde zulässig gem. § 19, 20 FGG (vgl. § 1666 Rz 177 ff.). Ob – insbes. nach längerem Zeitablauf – ein Änderungsbegehren als Beschwerde oder als Änderungsantrag zu verstehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln; stützt sich das Begehren auf neue Tatsachen, wird idR von einem Änderungsantrag auszugehen sein (RGRK-ADELMANN Rz 4). *Familiengerichtliche* Entscheidungen unterliegen demgegenüber der befristeten Beschwerde gem. §§ 621 e, 516 ZPO (Monatsfrist; zur Begründungspflicht §§ 621 e Abs 1, 3 iVm 519 ZPO). Ist Beschwerde eingelegt, steht dem FamG keine Abhilfebefugnis (gem. § 18 FGG) zu, §§ 621 e Abs 3 S 2 iVm 577 Abs 3 ZPO (ZÖLLER-PHILIPPI § 621 e Rz 28). Soweit erforderlich, kann das OLG eine einstweilige Anordnung treffen.

5. Kosten

Hinsichtlich der Kosten gilt entsprechendes wie bei der Erstregelung (BayObLGZ 1961, 173, 175 f; vgl § 1666 Rz 180; § 1671 Rz 218). Wird ein Änderungsantrag abgelehnt, kann der Sorgeberechtigte nicht zur Erstattung gerichtlicher Auslagen (Sachverständigenkosten) herangezogen werden (keine Anwendbarkeit des § 94 Abs 3 S 2 KostO; OLG Zweibrücken ZfJ 1985, 143 mwN = FamRZ 1984, 1263 [LS]).

IV. Auslandsbezüge

Änderungen von gerichtlichen Sorgerechtsentscheidungen sind „Schutzmaßnahmen“ iSv Art 1 Haager MSA (OLG Zweibrücken FamRZ 1975, 172, 174). Deutsche Gerichte sind deshalb stets **international zuständig**, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland (bei Eilmaßnahmen genügt schlichter Aufenthalt, Art 9 MSA) oder die deutsche Staatsangehörigkeit hat (Art 4 MSA). Bei gegebener Zuständigkeit ist **deutsches Recht anwendbar**, Art 2 MSA.

Grundsätzlich sind **auch ausländische Sorgerechtsentscheidungen abänderbar**, auch 83
ausländische Änderungsentscheidungen (vgl OLG Hamm FamRZ 1975, 426 ff). Ihre Anerkennungsfähigkeit steht nicht entgegen, sondern ist Voraussetzung der Änderbarkeit (BGH NJW-RR 1986, 1130 = IPRax 1987, 317 f; OLG Bamberg FamRZ 1990, 1135, 1136; zum Konflikt mit den Anerkennungsgrundsätzen s § 1671 Rz 226). Bei fehlender Anerkennungsfähigkeit ist nach den Grundsätzen für Erstentscheidungen zu verfahren (§ 1671 Rz 223). Bei **internationalen Kindesentführungen** schiebt sich *vor* die Änderungsfrage die Rückführung des Kindes nach dem **Haager bzw Europäischen Kindesentführungsabkommen** (dazu ausf § 1671 Rz 228 ff). Diese Abkommen können ein Änderungsverfahren ausschließen (§ 1671 Rz 237, 239; vgl MünchKomm-SIEHR [Ergänzungsband 1991] Art 19 EGBGB Anh II Rz 62, 63, 90; zur gebotenen Zurückhaltung bei Änderungen zugunsten des Entführers schon vor Inkrafttreten der Übereinkommen OLG Bamberg FamRZ 1990, 1135 f; FamRZ 1987, 185; vgl oben Rz 50). Bei Entführungen ins Ausland während des Änderungsverfahrens besteht, wie bei Erstentscheidungen, die internationale Zuständigkeit begrenzt fort (§ 1666 Rz 182). Von sanktionierenden Entscheidungen zuungunsten des Elternteils ist abzusehen, auch hier entscheidet ausschließlich das Kindesinteresse (vgl § 1671 Rz 63, 227).

Ist bei **islamischen Familien** kraft des gemeinsamen Heimatrechts der Beteiligten die 84
elterliche Sorge für ein Kleinkind dem Vater, die Personensorge aber zeitlich begrenzt der Mutter zugefallen (hadanah), so kann bei Ablauf der hadanah aus Kontinuitätsgründen das Sorgerecht der Mutter übertragen werden (OLG Zweibrücken FamRZ 1975, 172 ff).

§ 1697

(Die Vorschrift betraf die Haftungsprivilegierung des Vormundschaftsrichters [ebenso § 1848 aF], sie ist durch das 1. EheRG aufgehoben worden [Art I Nr 34]. Mangels Sonderbestimmung gelten deshalb für den Vormundschaftsrichter die allgemeinen Staatshaftungsgrundsätze gem Art 34 GG iVm § 839 BGB.)

§ 1698

Endet oder ruht die elterliche Sorge der Eltern oder hört aus einem anderen Grunde ihre Vermögenssorge auf, so haben sie dem Kinde das Vermögen herauszugeben und auf Verlangen über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen.

Über die Nutzungen des Kindesvermögens brauchen die Eltern nur insoweit Rechenschaft abzulegen, als Grund zu der Annahme besteht, daß sie die Nutzungen entgegen den Vorschriften des § 1649 verwendet haben.

E I §§ 1503, 1700 Abs 1, II § 1570, III § 1657. Mot IV 746; Prot IV 562. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 1 Nr 38.

I. Allgemeines

1 1. Normbedeutung

Die Eltern besitzen und verwalten das Vermögen des Kindes als Treuhänder für dieses, ihre Vermögenssorge ist (mit eng begrenzten Ausnahmen, § 1649 Abs 2 S 1) *fremdnützig* (vgl Vorbem 1 zu §§ 1638–1664). Die sich hieraus ergebenden **Abwicklungspflichten bei Ende oder Ruhen der Vermögenssorge** sind Gegenstand des § 1698 (weitere Nachwirkungen der elterlichen Sorge in §§ 1698 a, 1698 b). Vermögensherausgabe und Rechenschaft werden als Pflichten nur *grundsätzlich* angeordnet, Einzelheiten ergeben sich aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 259–261. Eine entsprechende Regelung besteht für den Vormund, § 1890 (über diese Vorschrift mittelbar auch für den Pfleger, § 1915 Abs 1, und den Betreuer, § 1908 i Abs 1).

Bei *bestehender Vermögenssorge* schulden die Eltern regelmäßig keine Rechenschaft (Ausnahme § 1667 Abs 2 bei Vermögensgefährdung, vgl noch Rz 11).

2 2. Textgeschichte

Das GleichberG 1957 (Art 1 Nr 22) hat die ursprünglich in § 1681 aF enthaltene Regelung hierher übernommen und inhaltlich dem Gleichberechtigungsgrundsatz angepaßt. Rechenschaft wurde nur noch bei Verlangen angeordnet, die Beschränkung in Abs 2 neu eingefügt. Das SorgeRG (Art 1 Nr 38) brachte nur noch sprachliche Anpassungen.

II. Herausgabe des Kindesvermögens und Rechenschaft, Abs 1

3 1. Tatbestand

Die elterliche Sorge insgesamt oder die Vermögenssorge oder auch nur ein Teil der Vermögenssorge müssen **geendet** haben oder **ruhen**. Häufigster Anwendungsfall ist das Ende der elterlichen Sorge bei Volljährigwerden des Kindes; für sonstige, vorzeitige Beendigungsgründe vgl §§ 1640 Abs 4, 1666, 1667 Abs 5, 1670, 1671, 1672, 1680 Abs 1 S 2, 1683 Abs 4, 1690; Ruhenstatbestände enthalten §§ 1673, 1674 Abs 1, 1751 Abs 1 S 1. Es genügt, wenn die elterliche Sorge nur *eines* Elternteils endet oder ruht (dann Herausgabe an den anderen, vgl Rz 4). Auf die Dauerhaftigkeit des Ruhens oder der Beendigung der elterlichen Sorge kommt es nicht an (GERNHUBER § 54 II 3).

2. Rechtsfolgen

4 a) Herausgabe des Kindesvermögens

Die Eltern (oder ihr Betreuer oder ihre Erben) haben kraft Gesetzes das Kindesvermögen **herauszugeben**, dh den Besitz zu übertragen entweder an das Kind oder an dessen neuen gesetzlichen Vertreter im Bereich der Vermögenssorge (das ist

entweder der andere Elternteil, §§ 1678 Abs 1, 1680 Abs 1, 1681 Abs 1 S 1, oder ein Vormund oder Pfleger). Ist der andere Elternteil als nunmehr alleiniger gesetzlicher Vertreter schon im Besitz des Kindesvermögens, erübrigt sich eine förmliche Übergabe. Die Herausgabepflicht erstreckt sich auf den Stamm des Vermögens sowie die noch vorhandenen Nutzungen. Gem § 260 ist ein **Bestandsverzeichnis** mit vorzulegen (ggf Zuziehung eines Beistands, § 1689). Das Vermögen ist *in dem Zustand herauszugeben*, der einer bis zur Herausgabe fortdauernden ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht; für die bei solcher Verwaltung eintretende gewöhnliche Abnutzung sind die Eltern nicht verantwortlich. Erhebt das Kind oder sein gesetzlicher Vertreter oder Rechtsnachfolger Ersatzansprüche wegen Verschlechterung einzelner Vermögensbestandteile, so hat es den behaupteten ursprünglichen Zustand zu beweisen; der Nachweis, daß die eingetretene Verschlechterung nicht auf ihrem Verschulden beruht (§ 1664), obliegt den Eltern.

Trifft § 1698 Abs 1 auf beide Eltern zu, so haften sie als **Gesamtschuldner**. Dies gilt 5 nicht, wenn ein Elternteil keinen Besitz (auch nicht Mit- oder mittelbaren Besitz) an den herauszugebenden Vermögensgegenständen hat (GERNHUBER § 54 II 3 Fn 2). Aus Kindesschutzgründen hier dennoch die gesamtschuldnerische Haftung des Elternteils anzunehmen (so OLG Oldenburg MDR 1962, 481; MünchKomm-Hinz Rz 6; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2), ist systemwidrig. Allerdings kann sich ein Elternteil nicht mit der bloßen Behauptung, er besitze das Vermögen des Kindes nicht (mehr), von seiner Herausgabepflicht befreien. Hat er einmal (zumindest Mit-) Besitz gehabt, was bei einem Inhaber der Vermögenssorge zu vermuten ist, so trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast nicht nur für den Besitzverlust, sondern auch dafür, daß er den Besitz nicht pflichtwidrig und schuldhaft aufgegeben hat. Im letzteren Fall schuldet der Elternteil zwar keine Herausgabe nach § 1698 Abs 1, wohl aber uU Schadensersatz (GERNHUBER aaO).

Gegenrechte der Eltern können sich zB aus § 1648 ergeben, wegen dieses Ersatzan- 6 spruchs besteht ein Zurückbehaltungsrecht gem § 273 (§ 1648 Rz 13). Haben die Eltern eine *Sicherheitsleistung* für das Kindesvermögen erbracht (§ 1667 Abs 4), hat das Kind diese Zug um Zug gegen die Herausgabe freizugeben. Auf Verlangen der Eltern ist ihnen eine *Quittung* zu erteilen, § 368.

b) Rechenschaft

7

Die Eltern haben über die von ihnen geführte Verwaltung für deren ganze Dauer dem Kind oder dessen gesetzlichem Vertreter oder Rechtsnachfolger **Rechenschaft** abzulegen. Im Gegensatz zu früher trifft diese Verpflichtung die Eltern nicht mehr in jedem Fall, sondern nur noch, wenn das Kind ein entsprechendes Verlangen an die Eltern stellt. Diese Regelung soll sicherstellen, daß in den vielen Fällen vertrauensvoller Eltern-Kind-Beziehungen der Familienfriede nicht unnötig durch gesetzliche Rechenschaftspflichten gestört wird. Darüber hinaus ist selbst bei einem entsprechenden Verlangen des Kindes (oder seines gesetzlichen Vertreters oder Rechtsnachfolgers) die Rechenschaftspflicht über die Nutzungen des Kindesvermögens gem Abs 2 eingeschränkt (Rz 8). Für die Einzelheiten der Rechnungslegung s §§ 259, 261.

III. Rechenschaft über Nutzungen, Abs 2

8

Bezüglich der Nutzungen des Kindesvermögens brauchen die Eltern Rechenschaft nur abzulegen, wenn Grund zur Annahme besteht, daß sie sie pflichtwidrig (vgl § 1649) verwendet haben. Angesichts des unbestimmten Tatbestandes des § 1649 sollen dadurch unerfreuliche Streitigkeiten über die Verwendung vermieden wer-

den, sofern nicht konkreter Mißbrauchsverdacht besteht (vgl GERNHUBER § 54 II 2). Dabei genügt objektive Pflichtwidrigkeit, auf Verschulden der Eltern kommt es nicht an.

- 9 Was unter „Nutzungen“ iSd Abs 2 zu verstehen ist, ergibt sich aus der Bezugnahme auf § 1649, dh aus dem dortigen Begriff der „Vermögenseinkünfte“ (vgl § 1649 Rz 16). Hierzu gehören *nicht* die Arbeitseinkünfte des Kindes (LG Krefeld FamRZ 1965, 281) sowie Renten (GERNHUBER § 54 II 2 Fn 1; aA LG Krefeld aaO sowie VoraufL Rz 11).
- 10 Das Kind muß nach Abs 2, über das Rechenschaftsverlangen nach Abs 1 hinaus, Tatsachen darlegen und ggf beweisen, aus denen sich der begründete Verdacht auf elterliche Pflichtverletzung bei der Verwendung der Vermögenseinkünfte ergibt. Die sodann von den Eltern nach den Grundsätzen der §§ 259–261 abzulegende Rechenschaft ermöglicht dem Kind die Geltendmachung von Ersatzansprüchen (dazu § 1649 Rz 39, 42).
- 11 Entgegen verbreiteter Meinung enthält Abs 2 keinen eigenständigen Rechenschaftsanspruch, sondern stellt nur besondere Voraussetzungen für den Anspruch aus Abs 1 auf. Dies folgt eindeutig aus der Gesetzessystematik. Demgemäß gibt es *keinen Anspruch auf Rechnungslegung während bestehender Vermögenssorge der Eltern* (aA BGB-RGRK-ADELMANN Rz 9; MünchKomm-HINZ Rz 4; SOERGEL-STRÄTZ Rz 5). Bei Pflichtwidrigkeiten der Eltern hat das VormG gem § 1667 Abs 2 vorzugehen.

12 IV. Geltendmachung und Durchsetzung der Ansprüche

Die Ansprüche aus § 1698 sind nur im **Prozeßwege**, nicht vor dem VormG geltend zu machen (OLG Oldenburg OLG 3, 371; allg Ansicht). Die Ansprüche auf Rechnungslegung, ggf Abgabe der Versicherung an Eides Statt (§ 259 Abs 2) und Schadensersatz oder Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung können in einer **Stufenklage** miteinander verbunden werden (§ 254 ZPO). Jahrelange Nichtausübung der Rechte aus § 1698 begründet *nicht den Verwirkungseinwand*, da es in familienrechtlichen Verhältnissen normal und eher sittengemäß erscheint, wenn die Kinder ihre Ansprüche gegen die Eltern (zunächst) nicht gerichtlich durchsetzen (OLG München NJW 1974, 703 [9-jähriger Verzug des Vaters]).

§ 1698 a

Die Eltern dürfen die mit der Personensorge und mit der Vermögenssorge für das Kind verbundenen Geschäfte fortführen, bis sie von der Beendigung der elterlichen Sorge Kenntnis erlangen oder sie kennen müssen. Ein Dritter kann sich auf diese Befugnis nicht berufen, wenn er bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts die Beendigung kennt oder kennen muß.

Diese Vorschriften sind entsprechend anzuwenden, wenn die elterliche Sorge ruht.

E II § 1571 Abs 2, III § 1659. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 1 Nr 39.

I. Allgemeines

1 1. Normbedeutung

Die elterliche Sorge kann enden oder ruhen, ohne daß die Eltern hiervon wissen. Handeln sie demgemäß weiter für das Kind, drohen ihnen die Haftung des voll-

machtlosen Vertreters gem § 179 oder sonstige Nachteile. § 1698a schützt die Eltern vor diesem Risiko für die Dauer ihrer Gutgläubigkeit, indem ihre fortbestehende Sorgemacht fingiert wird (entspr Regelungen in §§ 674, 729). Eine Handlungspflicht folgt für die Eltern aus dieser Vorschrift nicht (s aber § 1698b).

Kraft Verweises gilt § 1698a auch für den Vormund (§ 1893 Abs 1), Gegenvormund (§§ 1895, 1893), Pfleger (§§ 1915 Abs 1 iVm 1893 Abs 1), Betreuer (§§ 1908 i Abs 1 iVm 1893) und Beistand (Vermögensbeistand: §§ 1690 Abs 2 S 1 iVm 1915 Abs 1, 1893; allgemeiner Beistand: §§ 1691 Abs 1, 1895, 1893).

2. Textgeschichte

2

Die ursprünglich im § 1682 aF enthaltene Regelung wurde dem Gleichberechtigungsgedanken angepaßt und hierher versetzt durch das GleichberG (Art 1 Nr 22). Das SorgeRG (Art 1 Nr 39) brachte im wesentlichen nur textliche Anpassungen.

II. Tatbestand

9

Die elterliche Sorge muß **geendet** haben, entweder insgesamt oder nur teilweise (MünchKomm-HINZ Rz 3; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3), auch Beendigung bei nur einem Elternteil genügt. Der Beendigung gleichgestellt ist durch Abs 2 das **Ruhen** des Sorgerechts (§§ 1673, 1674). Dem Schutzzweck der Norm entsprechend sollte sie darüber hinaus immer dann zugunsten eines Elternteils *analog* angewendet werden, wenn dieser vom Wegfall seiner *alleinigen* Handlungsberechtigung für das Kind nichts wußte (vgl §§ 1678 Rz 11, 1680 Rz 16, 1681 Rz 24; **anders** allerdings BGHZ 39, 45 ff = NJW 1963, 759 f für den Vater nach Nichtigerklärung des § 1629 Abs 1 aF [Alleinvertretung] durch das BVerfG).

Der Elternteil oder die Eltern müssen nach einem der vorerwähnten Ereignisse ein **Geschäft geführt** haben, das in den Bereich der Personensorge oder der Vermögenssorge fällt. Hierbei kommen nicht nur *Rechtsgeschäfte im Namen des Kindes* in Betracht, sondern auch Handlungen der Eltern in *eigenem Namen* (zu dieser Möglichkeit MASSFELLER-COESTER § 1629 Rz 8, 9).

Die Eltern müssen im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts **gutgläubig** gewesen sein. Der Fahrlässigkeitsmaßstab folgt aus §§ 122 Abs 2, 276 Abs 1 S 2, § 1664 ist in diesem Zusammenhang nicht anwendbar (heute allgM). Bezugspunkt des guten Glaubens ist der Fortbestand der Sorgeberechtigung; Kenntnis nur der Tatsachen, die zu ihrem Wegfall geführt haben, schadet nicht bei schuldlosem Rechtsirrtum (allgM; **anders** VoraufL Rz 2; bei schuldhaftem Rechtsirrtum liegt Fahrlässigkeit vor).

III. Rechtsfolgen

6

Die Eltern **gelten als berechtigt** zur Geschäftsführung für das Kind. Im *Innenverhältnis* ist also nicht § 677 anwendbar, sondern § 1648 zugunsten und § 667 entspr zu Lasten der Eltern (insbes auch bei Handlungen der Eltern in eigenem Namen).

Geschäfte im Namen des Kindes sind *im Verhältnis zu Dritten* **wirksam**. Eine für das Geschäft erforderliche *vormundschaftsgerichtliche Genehmigung* darf allerdings nach objektivem Ende der elterlichen Sorge nicht mehr erteilt werden, bei ihrer Versagung haften die Eltern auch nicht gem § 179 Abs 1 (BayObLGZ 64, 350 = NJW 1965, 397). Im übrigen begünstigt der Gutgläubensschutz der Eltern mittelbar auch die Geschäftspartner (vgl BGHZ 39, 45, 50 = NJW 1963, 759, 760). Dies aber nur, wenn *auch sie* gutgläubig sind hinsichtlich der elterlichen Vertretungsmacht

(Abs 1 S 2) – sind sie bösgläubig, entfällt wegen § 179 Abs 3 schon die Notwendigkeit des Elternschutzes gem Abs 1 S 1 (vgl entspr Regelung in § 169).

- 8 Sind die Eltern **bösgläubig**, aber die Dritten gutgläubig, werden letztere von § 1698 a nicht geschützt – ihnen bleiben nur Regreßansprüche gegen die Eltern gem § 179 Abs 1 (RGZ 74, 263, 266; GERNHUBER § 54 V 2). Im Verhältnis zum Kind bestimmen sich Rechte und Pflichten der bösgläubigen Eltern nach §§ 677 ff.

§ 1698 b

Endet die elterliche Sorge durch den Tod des Kindes, so haben die Eltern die Geschäfte, die nicht ohne Gefahr aufgeschoben werden können, zu besorgen, bis der Erbe anderweit Fürsorge treffen kann.

E II § 1571 Abs 2, III § 1659. Neugefaßt durch GleichberG Art 1 Nr 22; SorgeRG Art 9 § 2 Nr 3.

I. Allgemeines

1 1. Normbedeutung

Die Vorschrift begründet Pflicht und Recht der Eltern, nach dem Tode des Kindes, der zum automatischen Ende ihres Sorgerechts führt (vgl § 1677 Rz 1), mit Wirkung für und gegen die Erben des Kindes dringliche Geschäfte zu besorgen, bis die Erben selbst zu ihrer rechtsgeschäftlichen Interessenwahrung in der Lage sind. § 1698 b begründet also kraft Gesetzes eine einstweilige Fürsorgepflicht der Eltern für das bisherige Kindesvermögen (ähnliche Rechtsgedanken in §§ 672 S 2, 1472 Abs 4, 1497 Abs 2; zur einstweiligen Fürsorge für den Nachlaß s auch § 1960). Die Pflicht aus § 1698 b besteht unabhängig davon, ob auch die Eltern zum Kreis der Erben gehören.

- 2 Die Vorschrift ist entspr anwendbar auf Vormund, Gegenvormund, Pfleger und Beistand (§§ 1893 Abs 1, 1895, 1915 Abs 1 [BGH FamRZ 1967, 462], 1690 Abs 2 S 1, 1691]. Gleiches gilt für den Betreuer, obgleich der Betreute stets volljährig sein muß (§ 1908 i Abs 1 iVm § 1893; vgl den Verweis im früheren Vormundschaftsrecht für Volljährige [§ 1897 aF] auf § 1893).

3 2. Textgeschichte

Die Regelung war ursprünglich in § 1683 aF enthalten, sie wurde durch das GleichberG geändert und an diese Stelle gesetzt (Art 1 Nr 22). Das SorgeRG brachte nur eine sprachliche Anpassung.

4 II. Voraussetzungen

Dem **Tod des Kindes** ist die Todeserklärung gleichzustellen (vgl § 1677; SOERGEL-STRÄTZ Rz 3).

Die Eltern müssen in diesem Zeitpunkt **sorgeberechtigt** gewesen sein, ganz oder zumindest teilweise auf dem Gebiet der Vermögenssorge.

Die Eltern müssen **Kenntnis vom Tod** des Kindes haben – zuvor handeln sie in vermeintlicher Pflichterfüllung für das Kind und können nicht objektiv zur Geschäftsbesorgung für Dritte verpflichtet werden (ERMAN-MICHALSKI Rz 1; Münch-Komm-HINZ Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3; aA DÖLLE II § 96 IV 3). Soweit

sie allerdings dem Kind wegen unterlassener Vermögensfürsorge schadenersatzpflichtig geworden wären (Maßstab: § 1664), haften sie insoweit nunmehr den Erben – es besteht kein Grund, die Eltern von den Folgen ihrer Pflichtverletzung zu befreien (ERMAN-MICHALSKI Rz 1; MünchKomm-HINZ Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 3).

Schließlich muß es sich zur Vermeidung eines Schadenseintritts erforderlich erweisen, das Geschäft **sofort** zu besorgen.

III. Rechtsfolgen und Einzelheiten

5

Zur Erfüllung ihrer Fürsorgepflicht verleiht das Gesetz den Eltern **Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse gegenüber den Erben**. Die Eltern **haften** auch den Erben gegenüber nur für eigenübliche Sorgfalt, §§ 1664, 277. Zwar kann sich die teilweise Freistellung nicht auf das persönliche Verhältnis zu den Erben stützen (anders als beim Kind), wohl aber auf die auch sonst angebrachte Privilegierung des fremdnützig Tätigen (vgl §§ 521, 599, 680, 690, 968; GERNHUBER § 54 V 1; MünchKomm-HINZ Rz 1; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 4; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; **aA** ERMAN-MICHALSKI Rz 1 [Haftung für jede Fahrlässigkeit]).

Aufwendungsersatz können die Eltern entspr § 1648 verlangen (GERNHUBER aaO; **6** DÖLLE II § 96 IV 3; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; BGB-RGRK-ADELMANN Rz 5; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2; modifiziert MünchKomm-HINZ Rz 1: nach Kenntnis der Eltern vom Tod § 670 analog). Eine **Verwendungsbefugnis** entspr § 1649 Abs 2 besteht jedoch **nicht** mehr (PALANDT-DIEDERICHSEN, SOERGEL-STRÄTZ aaO).

Pflicht und Befugnisse der Eltern gem § 1698 b **erlöschen**, wenn die Erben die **7 Möglichkeit** zur eigenen Interessenwahrung erlangen (auf die tatsächliche Wahrnehmung kommt es nicht an, sie liegt im Risikobereich der Erben; MünchKomm-HINZ Rz 2; SOERGEL-STRÄTZ Rz 2). Unberührt bleiben Handlungsbefugnisse der Eltern als Miterben oder als gesetzliche Vertreter anderer Erben (etwa der Geschwister des verstorbenen Kindes; vgl MünchKomm-HINZ Rz 2).

§§ 1699–1704

(Der ursprüngliche 5. Titel des Zweiten Abschnitts des Vierten Buches hatte in den §§ 1699–1704 die rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen geregelt. Diese Bestimmungen wurden durch § 84 EheG 1938 aufgehoben; dies wurde in § 78 EheG 1946 ausdrücklich bestätigt. Aussagen über die rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen enthalten jetzt die §§ 1591 Abs 1 S 1 HS 2, 1671 Abs 6, 1719 Abs 1 S 1 HS 2 [s dazu § 1591 Rz 9f; § 1671 Rz 5, 11, 198; § 1719 Rz 4, 20].)

J. von Staudingers
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

12., neubearbeitete Auflage

Viertes Buch

Familienrecht

§§ 1705–1740 g

Erläutert von

Dr. Horst Göppinger

Professor, Richter am
Oberlandesgericht Stuttgart a. D.

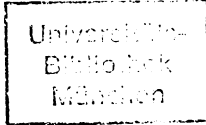
Redaktor

Dr. Helmut Engler

Professor an der Universität Freiburg,
Minister in Baden-Württemberg

1985

J. Schweitzer Verlag KG Walter de Gruyter & Co., Berlin



Der Bearbeiter der §§ 1705–1740 g in der 12. Auflage

Professor Dr. HORST GÖPPINGER

Die Bearbeiter in der 10./11. Auflage

§§ 1705–1718 Oberlandesgerichtsrat Dr. HORST GÖPPINGER
§§ 1719–1740 Professor Dr. ERHARD BÖKELMANN
§§ 1740 a–1740 g –

Zitierweise

STAUDINGER-GÖPPINGER Vorbem 1 zu §§ 1705 ff
STAUDINGER-GÖPPINGER § 1705 Rz 1

Stand der Bearbeitung

August 1984

Hinweise

Die **Benutzeranleitung** und das **Vorläufige Abkürzungsverzeichnis** für das Gesamtwerk befinden sich in einer Lasche im hinteren Einbanddeckel des Bandes mit den §§ 1–89 BGB.

Um in der **Erscheinungsweise des Gesamtwerkes** nicht behindert zu werden, werden die broschiierten und gebundenen Einheiten nicht durchgehend paginiert. Am unteren Rand der Seiten innen in Klammern stehende Seitenzahlen haben nur die Funktion einer Hilfspagina mit Bedeutung für den Buchbinder. Zitiert wird nur nach Randziffern (s. o.). Die Reihenfolge der zu einem Band gehörenden broschiierten Einheiten ergibt sich aus der Paragraphenfolge. Sobald die einen Band bildenden broschiierten Einheiten vorliegen, wird der zuletzt erscheinenden broschiierten Einheit eine Einbanddecke in Halbleder beigelegt.

ISBN 3 8059 0691 9

© 1984 by J. Schweitzer Verlag KG Walter de Gruyter & Co., Berlin. – Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden. – Printed in Germany.

Satz und Druck: Buch- und Offsetdruckerei Wagner GmbH, Nördlingen. – Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, Berlin. – Umschlaggestaltung: Bib Wies, München.

K85/75

Sechster Titel

Elterliche Sorge für nichteheliche Kinder

Vorbemerkungen zu §§ 1705 ff

Schrifttum

BELCHAUS, Elterliches Sorgerecht (1979); BOEHMER und BOSCH, Welche Anforderungen sind an eine Reform des Rechts des unehelichen Kindes zu stellen? Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentags, Bd I, 1. Teil, Heft A bzw B (1962) – hierzu SCHLOSSER FamRZ 1963, 14; COESTER, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft (1983) – dazu KROPHOLLER JZ 1984, 164; HOCHLEITNER, Die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder vor und nach der Reform von 1970 – Ein Vergleich der Zielsetzungen 1900 und 1970 anhand von 4 Teilkomplexen, Diss Bielefeld 1982; HORSTMANN, Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen im außerehelichen Eltern-Kind-Verhältnis (1967) – hierzu LANGE FamRZ 1968, 225; JANS-HAPPE, Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge (1980); KLUSSMANN, Das Kind im Rechtsstreit der Erwachsenen (1981) – dazu SUTTNER FamRZ 1983, 107; LAMPRECHT, Kampf ums Kind (1982) – hierzu KLUSSMANN FamRZ 1983, 107; VON MÜNCH, Zusammenleben ohne Trauschein (1982) – dazu BRÜHL FamRZ 1983, 441; NEUHAUS, Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht (1979); SCHOLZ, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft in der Rechtspraxis (1982) – dazu BRÜHL FamRZ 1982, 1252; SCHÖPS, Die personenrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen dem unehelichen Vater und seinem Kinde, eine rechtsvergleichende Untersuchung mit hauptsächlicher Berücksichtigung des Rechts der Länder Bundesrepublik Deutschland, DDR, Frankreich, Österreich, Schweiz, Sowjetunion sowie summarischer Berücksichtigung des Rechts der Länder Italien, Spanien und der übrigen Ostblockstaaten (1973) – dazu SANDROCK FamRZ 1975, 365; STEPHAN, Die Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter, Diss Marburg/L 1967; THÜMMEL, Das internationale Privatrecht der nichtehelichen Kindschaft, eine rechtsvergleichende Untersuchung (1983); DE WITT-HUFFMANN, Nichteheliche Lebensgemeinschaft (1983) – hierzu BRÜHL FamRZ 1983, 1094; ZELLER, Das Recht des nichtehelichen Kindes (1976); ZENZ-SALGO, Zur Diskriminierung der Frau im Recht der Eltern-Kind-Beziehung (1983) – dazu FEHMEL FamRZ 1983, 971.

Aufsätze

ARNOLD, Gesetzliche Amtspflegschaft oder Pflegschaft von Amts wegen? Betrachtungen zum Referentenentwurf eines Unehelichengesetzes, FamRZ 1967, 368; ders, Probleme der Amtspflegschaft, DAVorm 1970, 125; BECKER, Die uneheliche Mutter in der Reform, UJ 1967, 59, 110; ders und HUVALÉ, Zur Frage: Elterliche Gewalt der unehelichen Mutter? FamRZ 1969, 259; BINSCHUS, Die gesetzliche Amtspflegschaft – eine verfassungsrechtlich nicht mehr legitimierbare Tradition? ZfF 1983, 217; DAMRAU, Der Ausstattungsanspruch des nichtehelichen Kindes, FamRZ 1969, 129; DIEDERICHSEN, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Zivilrecht, NJW 1983, 1017; FEHMEL, Kindschaftsrecht und Gleichberechtigung, FamRZ 1983, 971; GÖPPINGER, Elterliche Gewalt über nichteheliche Kinder, FamRZ 1970, 57; ders, Vormundschaftsrecht und neues JWG v 6. 8. 1970 (BGBl I 1197), FamRZ 1970, 576; HAHNZOG, Inhaber des Elternrechts aus Art 6 Abs 2 GG, FamRZ 1971, 334; HOLZHAUER, Verwandtschaftliche Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge, FamRZ 1982, 109; HUVALÉ, Wünschenswerte Korrekturen im Nichtehelichenrecht, ZblJugR 1980, 560; KNÖPFEL, Faktische Elternschaft, Bedeutung und Grenzen, FamRZ 1983, 317; KNUR, Familienrechtliche und erbrechtliche Probleme des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder, FamRZ 1970, 269; KUMME, Störungen des Vater/Kindverhältnisses durch die Mutter des nichtehelichen Kindes, ZblJugR 1976, 242; NEUHAUS, Die Kinder der neuen „Familien“, ZblJugR 1981, 37; ders, Finis familiae? FamRZ 1982, 1; OFTERDINGER, Amtsvormundschaft, Amtspflegschaft, Sozialarbeit oder Verwaltung, DAVorm 1983, 259; SCHWAIGER, Zum Elternpflichtrecht des nichtehelichen Vaters in der Bundesrepublik Deutschland, Anmerkung zum BVerfG-Beschl v 24. 3. 1981 – BVerfGE 56, 363, EuGRZ 1982, 1; SMITIS, Personen- und Personenstandsrechtliche Grundfragen des neuen Nichtehelichenrechts, StAZ 1970, 255; WEBLER, Uneheliche Kinder in der Obhut ihrer Väter, Ergebnisse einer Umfrage, ZblJugR 1969, 177; WIESNER, Jugendfürsorge, Vormundschaftswesen, Beratung und Unterstützung im neuen Jugendhilferecht, DAVorm 1979, 233. Weitere Lit-Angaben s in den Vorbem zu § 1600 a und zu § 1723, in den Erl der §§ 1706, 1707, 1711, 1720, 1737, 1740 a, 1740 f.

Systematische Übersicht

- I. Übersicht, Textgeschichte des 6. Titels**
 - 1. Ursprüngliche Fassung des BGB 1
 - 2. Änderungen durch das FamRÄndG 1961 2
 - 3. Das NEhelG 3
 - 4. SorgeRG 4
- II. Zur Regelung des Rechts der unehelichen Kinder in früheren Rechtsordnungen**
 - 1. Germanisches Recht 5
 - 2. Römisches Recht 6
 - 3. Gemeines Recht 7
 - 4. Partikularrecht 8
- III. Die Rechtsentwicklung seit Inkrafttreten des BGB und die Reformbewegung bis 1969**
 - 1. Vor dem Ersten Weltkrieg 9
 - 2. Weimarer Reichsverfassung, Entwürfe 1925, 1929, RJWG 10
 - 3. Art 6 Abs 5 GG, FamRÄndG 1961, NEhelG 12
- IV. Näheres zur Entstehungsgeschichte des 6. Titels idF des NEhelG**
 - 1. § 1705 13
 - 2. §§ 1706–1710 14
 - 3. §§ 1711, 1712 18
- V. Grundsätzliches zur Neuregelung der §§ 1705 ff und deren Bewertung 20**
 - 1. Die Grundgedanken der Regelungen der §§ 1705 ff 21
 - 2. Keine elterliche Sorge des nichtehelichen Vaters
 - a) Die Bedeutung des § 1705 und die Begründung des RegE 23
 - b) Das Urteil des BVerfG v 24. 3. 1981 26
 - c) Art 8, 14 EMRK 33
 - 3. Zu § 1711
 - a) Grundsätzliches 34
 - b) Das Urteil des BVerfG v 24. 3. 1981 36
 - c) Art 8, 14 EMRK 39
 - 4. Zur Diskriminierung der nichtehelichen Geburt, Würdigung des geltenden Rechts, rechtspolitische Bemerkungen
 - a) Zur Diskriminierung der nichtehelichen Geburt 40
 - b) Anschauungen und Schlußfolgerungen in der Begründung des RegE des NEhelG 42
 - aa) im Namensrecht 43
 - bb) bezüglich der Ehelicherklärung 45
 - cc) im Adoptionsrecht 49
 - c) Würdigung des geltenden Rechts und rechtspolitische Bemerkungen 53

Alphabetische Übersicht

- Adoption 23, 49 ff, 56
- Amtspflegschaft 14
- Amtsvormundschaft 11, 13
- Beistand 14
- BGB, ursprüngl Fassung 1
- BVerfG 26 ff, 30, 32, 36 ff, 40, 56
- Deutscher Juristentag 1962 54
- Diskriminierung der nichtehelichen Geburt 40 ff
- Ehelicherklärung 23, 45 ff, 55
- Elterliche Sorge der Mutter 13 ff
- Elternrecht 29
- EMRK 33, 39
- Entstehungsgeschichte des 6. Titels 13 ff
- Entwürfe 1925, 1929 10, 54
- Erbersatzanspruch 46, 56
- Ermessen 19
- FamRÄndG 2, 12
- Familienname, Erteilung (§ 1618) 30
- Freie Partnerschaft 26, 28
- Gemeines Recht 7
- Germanisches Recht 6
- GG Art 2 26
 - Art 3, 27, 30, 36
 - Art 6 Abs 1 20, 29
 - – Abs 2 20, 36
 - – Abs 5 12, 20 f, 36
- Grundgedanken der §§ 1705 ff 21 f
- Jugendamt 11, 15
- Leiblicher Elternteil (§ 1764 Abs 4) 52
- Liberalisierung sexueller Beziehungen 41
- Mutter, Rechtsstellung 13 ff, 21 ff
- NEhelG 3, 12, 13 ff, 23 ff, 42
 - RegE 14, 23 f, 35, 42
- Nichteheliche Geburt 40 ff
- Nichteheliche Gemeinschaft 41
- Partikularrecht 8
- Rechtsentwicklung 9 ff

RJWG 11	– Umgangsrecht 34 ff
Römisches Recht 6	– Verzicht auf Adoption (§ 1747 Abs 2) 51
SorgeRG 4, 18	Weimarer Reichsverfassung 10
Umgangsrecht 34 ff	Zusammenleben der Eltern des Kindes 26, 28 f, 51
Vater, Rechtsstellung 23 ff, 51	

I. Übersicht, Textgeschichte des 6. Titels

1. In der ursprünglichen Fassung des BGB regelte dieser 6. Titel die „rechtliche 1
Stellung der unehelichen Kinder“, hiermit alle diesbezüglichen Fragen. Diese Regelungen hingen mit der Vorschrift des § 1589 Abs 2 zusammen (s dazu Vorbem 3 zu § 1589, § 1589 Rz 1) und waren die Konsequenz dieser Vorschrift.

In dem Titel waren geregelt die rechtliche Stellung des Kindes im Verhältnis zu der Mutter und den Verwandten der Mutter (§ 1705), das Namensrecht des Kindes (§ 1706), das Sorgerecht der Mutter ohne eine gesetzliche Vertretung (§ 1707), die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters (§§ 1708–1711), die Unterhaltspflicht der Erben des verstorbenen Vaters (§ 1712), das Erlöschen des Unterhaltsanspruchs des Kindes mit seinem Tod (§ 1713), die Zulässigkeit einer Abfindung des Kindes (§ 1714), Ansprüche der Mutter des Kindes gegen den Vater (§ 1715), die vorläufige Durchsetzung der Ansprüche des Kindes und der Mutter im Wege einer einstweiligen Verfügung (§ 1716), die Abstammung des Kindes (§ 1717), das Anerkenntnis der Vaterschaft (§ 1718).

2. Das FamRÄndG 1961 (s Vorbem 6 zu § 1591) brachte Änderungen der §§ 1707, 2
1708, 1710: In § 1707 wurde ein Abs 2 eingefügt, womit die Möglichkeit geschaffen wurde, daß das VormG der unehelichen Mutter die elterliche Gewalt übertrug (s hierzu Vorauf § 1707 Rz 120), wobei aber auch einzelne Angelegenheiten oder ein bestimmter Kreis von Angelegenheiten ausgenommen werden konnten. In § 1708 wurde Abs 1 S 1 dahin geändert, daß die Unterhaltspflicht des Mannes bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres des Kindes verlängert wurde, und wurde zugleich ein Satz 3 eingefügt, wonach auf Verlangen des Vaters eigene Einkünfte des Kindes, wenn dieses das 16. Lebensjahr vollendet hat, zu berücksichtigen seien, soweit dies der Billigkeit entspreche (s hierzu Vorauf § 1708 Rz 27 f, 113). Ferner wurde § 1710 neu gefaßt und vor allem dahin geändert, daß die Unterhaltsrente monatlich (statt vierteljährlich) im voraus zu zahlen sei.

3. Durch das NEhelG (s zu diesem Vorbem 7 zu § 1591, Vorbem 1 zu § 1600 a; zum 3
Begriff „nichtehelich“ s Vorbem 3 zu § 1600 a) wurde der 6. *Titel völlig neu gestaltet* (s auch Einl 3 vor § 1589) und mit der Überschrift versehen „Elterliche Gewalt über nichteheliche Kinder“, wobei freilich diese Überschrift insofern zu Mißverständnissen Anlaß geben kann, als die Regelungen der §§ 1705 ff nur die elterliche Gewalt der Mutter betreffen und der nichteheliche Vater als solcher in keinem Falle elterliche Sorgerechte innehaben kann (s hierzu Vorbem 23 ff).

Die einzelnen die Rechtsstellung der nichtehelichen Kinder betreffenden Fragen sind nun im jeweiligen Gesetzeszusammenhang geregelt: die nichteheliche Abstammung in den §§ 1600 a–1600 o, das Unterhaltsrecht, dh vor allem die Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem Kinde in § 1615 a–1615 i und 1615 o Abs 1, die Ansprüche der Mutter des Kindes in §§ 1615 k, 1615 l, 1615 n, 1615 o Abs 2, die Kosten der Beerdigung der Mutter, wenn sie infolge der Schwangerschaft oder Entbindung gestorben ist, in §§ 1615 m und 1615 n, das Namensrecht des Kindes in §§ 1617, 1618, das Erbrecht gegenüber dem Vater und dessen Verwandten in

§§ 1934 a–1934 e (in Ausnahme von der Vorschrift insbesondere des § 1924), 2338 a.

Das NEhelG regelte nun in dem 6. Titel die elterliche Gewalt der Mutter (§ 1705), die Pflegschaft für bestimmte Angelegenheiten (§ 1706), die Aufhebung oder Beschränkung der Pflegschaft (§ 1707), die Bestellung eines Pflegers vor der Geburt des Kindes (§ 1708), die Amtspflegschaft des Jugendamtes (§ 1709), die Beendigung der Vormundschaft (§ 1710), den Verkehr des Vaters mit dem Kinde (§ 1711) und die Anhörung des Vaters in bestimmten Fällen (§ 1712); zugleich wurden die §§ 1713–1718 aufgehoben (Art 1 Nr 25).

- 4 4. Durch das **SorgeRG** v 18. 7. 1979 (BGBl I 1061), Art 9 § 2 wurde der Begriff „elterliche Gewalt“ in der *Überschrift des Titels* und in § 1705 in „*elterliche Sorge*“ geändert; durch Art 1 Nr 40 wurde § 1711 *neu gefaßt*, durch Art 1 Nr 41 wurde § 1712 *aufgehoben*.

II. Zur Regelung des Rechts der unehelichen Kinder in früheren Rechtsordnungen

- 5 1. Zum **germanischen Recht**, zum alten deutschen Recht und zum Mittelalter s Vorauf Vorbem 4 f zu § 1705 mit Lit-Angaben, sowie PLANITZ-ECKHARDT, Deutsche Rechtsgeschichte (3. Aufl 1971); MITTEIS-LIEBERICH, Deutsche Rechtsgeschichte, Kurzlehrbuch (16. Aufl 1981); dies, Deutsches Privatrecht (9. Aufl 1981); WELKER, Die Stellung unehelicher Kinder in älteren deutschen Rechten, RdJ 1967, 296; SCHMIDT-HIDDING, Die Stellung des unehelichen Kindes in den romanischen Rechtsordnungen Europas (1967) (Schriften zum deutschen und europä. Zivilrecht, Bd 46).
- 6 2. Zum **römischen Recht** s Vorauf Vorbem 6 zu § 1705 mit Lit-Angaben, sowie M KASER, Römisches Privatrecht, Studienbuch (13. Aufl 1983); ders, Das römische Privatrecht, 1. Bd (2. Aufl 1971), 2. Bd (2. Aufl 1975).
- 7 3. Zum **gemeinen Recht** s Vorauf Vorbem 7 zu § 1705.
- 8 4. Zum **Partikularrecht** s Vorauf Vorbem 8 ff zu § 1705, sowie CONRAD, Deutsche Rechtsgeschichte Bd II, Neuzeit bis 1806 (1966); ders FamRZ 1962, 322; WELKER RdJ 1967, 296.

III. Die Rechtsentwicklung seit Inkrafttreten des BGB und die Reformbewegung bis 1969

- 9 1. *Vor dem ersten Weltkrieg* hatten sich nur engere Kreise mit der Frage der Reformbedürftigkeit des Rechts der unehelichen Kinder befaßt, die Sozialstatistiker und diejenigen, die aus ihrer beruflichen Tätigkeit die Not dieser Kinder kennengelernt hatten (s A B SCHMIDT AcP 127, 120). Durch den Ausbruch des ersten Weltkrieges war die Sozialgesetzgebung genötigt, sich der unehelichen Kinder anzunehmen, nachdem schon 1911 die RVO Vorschriften zur Unfallversicherung gebracht hatte (s dazu Vorauf Vorbem 20 zu § 1705). Im Jahre 1917 stellte der Reichstagsausschuß für Bevölkerungspolitik Reformforderungen zum Unehelichenrecht auf, ua die in § 1717 geregelte Mehrverkehrseinrede (exceptio plurium) – s auch § 1600 o Rz 1 – zu beseitigen, die Empfängniszeit (§ 1717) in Übereinstimmung mit § 1592 Abs 2 festzusetzen, den Stand des Vaters bei der Bemessung der Höhe der Unterhaltungspflicht zu berücksichtigen, die Unterhaltungspflicht bis zum vollendeten 18. Lebensjahr des Kindes auszudehnen, die Bedingungen der Annahme an Kindes Statt und der Führung des Vaternamens zu erleichtern (s zu weiteren Forderungen Vorauf Vorbem 15 zu § 1705 sowie SCHÖPS 14).

2. Die Weimarer Reichsverfassung hatte in Art 121 dem Gesetzgeber die Reform des Unehelichenrechtes aufgegeben (s VoraufI Vorbem 16 zu § 1705, sowie oben § 1589 Rz 1). Ein 1925 veröffentlichter diesbezüglicher Entwurf wurde, wesentlich überarbeitet, 1929 dem Reichstag vorgelegt; die Beratungen des Rechtsausschusses des Reichstags konnten jedoch infolge der dann eingetretenen politischen Wirren nicht abgeschlossen werden (Näheres s VoraufI Vorbem 17 zu § 1705). Erwähnt sei indes, daß der Entw 1925 ein Verkehrsrecht des Vaters vorschlug und beide Entwürfe die Möglichkeit vorsahen, daß der Mutter die elterliche Gewalt übertragen wird, ferner, daß dem Vater die (alleinige) Sorge für die Person des Kindes und gegebenenfalls auch die (alleinige) elterliche Gewalt über das Kind verliehen wird (s ferner Schörs 14 f).

In der Zwischenzeit war im Jahre 1922 das **Reichsjugendwohlfahrtsgesetz** (RJWG) v 9. 7. 1922 (RGBl I 633 – s VoraufI Anhang zu § 1666 Rz 1 –) erlassen worden, das die Amtsvormundschaft des Jugendamtes für uneheliche Kinder einführt (s dazu VoraufI Vorbem 18 zu § 1705 und VoraufI § 1707 Rz 39, 42 ff). Insgesamt ist hierzu zu sagen, daß sich die Einführung der Amtsvormundschaft für die unehelichen Kinder als segensreich erwiesen hat, insbesondere der Umstand, daß die Unterhaltsansprüche des Kindes durch eine sachkundige Behörde geltend gemacht werden konnten (s VoraufI Vorbem 18 zu § 1705 mwN, sowie zuletzt zB Bosch FamRZ 1983, 433 und BINSCHUS ZfF 1983, 217).

Die in der Zeit der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft weitergeführten Reformbestrebungen scheiterten (s VoraufI Vorbem 19 zu § 1705; Schöps 15 f); zu einem Entwurf von 1940 s SCHUBERT FamRZ 1984, 1.

3. Durch Art 6 Abs 5 GG (s dazu Vorbem 7 ff zu § 1600 a) wurde dem Gesetzgeber aufgegeben, das Unehelichenrecht grundlegend zu reformieren (zur Reformbewegung s Näheres in der VoraufI Vorbem 65 ff zu § 1705). Zunächst wurden durch das **FamRÄndG** v 11. 8. 1961 (s Vorbem 6 zu § 1591) einige Vorschriften des 2. Titels (§§ 1705 ff) geändert (s oben Vorbem 2); ferner wurde das JWG geändert (s GÖPPINGER FamRZ 1963, 21).

Die grundlegende Reform brachte dann das **NEhelG** v 19. 8. 1969 (s dazu Vorbem 1 zu § 1600 a, Vorbem 7 zu § 1591, zu der Entscheidung des BVerfG v 29. 1. 1969 auch Vorbem 6, 7, 9 zu § 1600 a; zu Schrifttumsangaben s noch Vorbem zu § 1600 a). Der 6. Titel (§§ 1705 ff) wurde nun völlig neu gefaßt (s oben Vorbem 3); ferner wurde das JWG geändert (s dazu GÖPPINGER FamRZ 1970, 576).

IV. Näheres zur Entstehungsgeschichte des 6. Titels idF des NEhelG

1. § 1705

13

Die Fassung dieser Vorschrift geht schon auf die Formulierung des Referenten-Entwurfs (1966) zurück und war unverändert in den RegE übernommen worden. Die grundsätzliche Übertragung der elterlichen Gewalt auf die (volljährige) Mutter war in der Reformliteratur ganz überwiegend gebilligt worden, dh damit die *Aufhebung der Amtsvormundschaft* (s JANSEN-KNÖPFEL 259, s auch unten Vorbem 21 ff).

2. §§ 1706–1710

14

Die Fassung dieser Vorschriften beruht auf dem Vorschlag des Vermittlungsausschusses (BT-Drucks V/4501 [s zu den Materialien Vorbem 1 zu § 1600 a]), dieser wiederum auf dem Beschl des Bundesrats v 20. 6. 1969 entsprechend dem Vorschlag

des Rechtsausschusses des Bundesrats, Drucks 271/1/69); der letztere Vorschlag geht – abgesehen von § 1706 Nr 3 – auf die Stellungnahme des Bundesrats zum RegE, BT-Drucks V/2370 s 104 f, zurück (Vorschlag einer Amtspflegschaft).

Der RegE hatte vorgeschlagen, in § 1706 Nr 1 vorzuschreiben, die Mutter erhalte, sofern das Kind nicht eines Vormundes bedürfe, für alle Angelegenheiten des Kindes einen *Beistand*, und in § 1706 Abs 2 vorzusehen, daß das VormG auf Antrag der Mutter anzuordnen habe, die Beistandschaft trete nicht ein, die Beistandschaft aufzuheben oder den Wirkungskreis des Beistandes zu beschränken habe; dem Antrag sei zu entsprechen, wenn die Anordnung dem Wohle des Kindes nicht widerspreche. Der RegE hatte ferner vorgeschlagen, gemäß § 1710 habe der Beistand folgende Aufgaben anstelle der Mutter wahrzunehmen: 1. die Feststellung der Vaterschaft und alle sonstigen Angelegenheiten, die die Feststellung oder Änderung des Personenstandes oder des Namens des Kindes betreffen, 2. die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen einschließlich der Ansprüche auf eine anstelle des Unterhalts zu gewährende Abfindung . . . Gemäß § 1710 Abs 2 sollte das VormG befugt sein, auch ohne Antrag der Mutter dem Beistand die Vermögensverwaltung ganz oder teilweise zu übertragen, wenn dies aus besonderen Gründen, vor allem wegen der Schwierigkeit der Angelegenheit, zum Wohle des Kindes erforderlich sei.

- 15 Diese Vorschläge bedeuteten, worauf der Bundesrat (BT-Drucks V/2370, 105) mit Recht hingewiesen hatte, eine gewisse Herabsetzung der Mutter und des Kindes, weil sie im Grunde auf dem überholten Leitbild einer für die Betreuung und Erziehung des Kindes weniger geeigneten unehelichen Mutter (s dazu Vorauf § 1707 Rz 1) beruhten; nach den Erfahrungen der Praxis bestünden zwischen den Müttern ehelicher und unehelicher Kinder nach Herkunft, sozialer Stellung, Bildungsgrad und Persönlichkeit keine wesentlichen Unterschiede mehr.

Zur Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat hatte der Rechtsausschuß des BR darauf hingewiesen, das Jugendamt habe gegenüber jedem Kinde gemäß §§ 3 ff JWG den Inhaber der elterlichen Gewalt zu unterstützen und ggf das VormG zu unterrichten, wenn das Wohl eines Kindes gefährdet würde. Würden dem Jugendamt gegenüber der Mutter eines unehelichen Kindes darüber hinausgehende Betreuungs- und Überwachungsaufgaben übertragen, so würden die Mütter unehelicher Kinder ohne zwingenden Grund diskriminiert. Da die Stellung des unehelichen Kindes in der Gesellschaft untrennbar mit der seiner Mutter verbunden sei, werde durch eine solche Diskriminierung der Mutter zugleich das Ziel des Gesetzes, dem unehelichen Kinde die gleiche Stellung in der Gesellschaft zu verschaffen, wie dem ehelichen Kinde, gefährdet (s hierzu auch schon GÖPPINGER BldWPfl 1967, 198 f).

- 16 § 1708 entspricht den § 1707 RegE, § 1709 dem § 1708 RegE, jeweils mit dem Unterschied, daß der RegE, wie erwähnt, vom Beistand statt vom Pfleger sprach.
- 17 Dem Vorschlag des Vermittlungsausschusses zur Formulierung der §§ 1706–1710 (s Vorbem 14) stimmte der BT am 2. 7. 1969, der BR am 11. 7. 1969 zu (s auch Vorbem 1 zu § 1600 a).

18 3. §§ 1711, 1712

a) § 1711 idF des NEhelG entsprach im wesentlichen dem § 1712 RegE. Im RegE lautete Abs 1 S 2: „Widerspricht diese Bestimmung dem Wohle des Kindes oder trifft der Sorgeberechtigte keine Bestimmung, so kann das Vormundschaftsgericht entscheiden.“ IdF des NEhelG lautete Abs 1 S 2: „Wenn ein persönlicher Umgang mit dem Vater dem Wohle des Kindes dient, kann das Vormundschaftsgericht entscheiden.“ Durch das **SorgeRG** erhielt § 1711 dann die heutige Fassung (s auch Vorbem 4).

- 19 b) § 1712 idF des NEhelG entsprach im wesentlichen dem § 1713 RegE, mit dem Unterschied, daß im RegE der Nebensatz lautete: „wenn die Anhörung nach seinem [des VormG] Ermessen geeignet ist, dem Wohle des Kindes zu dienen“. IdF des NEhelG lautete dieser Nebensatz: „wenn es [das VormG] die Anhörung nach seinem Ermessen für geeignet hält, dem Wohle des Kindes zu dienen“. Hier war der Ermessensbegriff unrichtig gebraucht (s GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 69; Münch-

Komm-HINZ § 1712 Rz 3). Durch das **SorgeRG** wurde § 1712 aufgehoben (s Vorbem 4); s jetzt § 50 a Abs 2 FGG.

V. Grundsätzliches zur Neuregelung der §§ 1705 ff durch das NEhelG und zu deren Bewertung

20

Die grundsätzliche Problematik des Nichtehelichenrechts besteht in der Beantwortung der Frage, ob und inwieweit eine unvollständige Familie, einerseits der ehelichen Mutter mit Kind im Falle des Getrenntlebens oder der Scheidung der Ehe, andererseits der nichtehelichen Mutter mit ihrem Kinde gleich oder ungleich behandelt werden soll, inwieweit Differenzierungen, gerade auch im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Regelungen der Art 6 Abs 1, 2 und 5 GG möglich, angebracht oder geboten sind (vgl dazu auch NEUHAUS FamRZ 1966, 528; STÖCKER ZRP 1975, 32; DAVorm 1979, 481; 1980, 249; StAZ 1981, 16; JAYME NJW 1979, 2425; STURM FamRZ 1982, 1150).

1. Die Grundgedanken der Regelungen der §§ 1705 ff

21

Die Rechtsstellung der nichtehelichen Mutter soll an die der ehelichen (alleinstehenden) Mutter angenähert werden, soweit nicht die besondere Situation des Kindes und der Mutter eine Abweichung erfordert. Das Gesetz will zugleich auch die soziale Stellung der Mutter eines nichtehelichen Kindes verbessern und die Diskriminierung beseitigen (s auch Vorbem 15), die das seitherige Recht für Kind und Mutter zur Folge hatte (s GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 58). Damit zeigt das Gesetz wichtige sozialpädagogische Tendenzen, die – zur damaligen Zeit – zT noch immer bestehenden Vorurteile gegen ein nichteheliches Kind und vor allem seine Mutter weiter abzubauen (s GÖPPINGER aaO, sowie allgemein zu Art 6 Abs 5 GG Vorbem 9 aE zu § 1600 a).

Der volljährigen Mutter soll stets die elterliche Sorge für das Kind zustehen; diese Sorge soll nur hinsichtlich der in § 1706 geregelten Fragen beschränkt sein, dies aus dem Grunde, weil die Mutter regelmäßig zu deren Regelung sachkundiger Hilfe bedürfe, zum Wohle und zum Schutze des Kindes, um vor allem dessen Vater festzustellen (vgl § 1600 a, und zur Bedeutung der Feststellung dort Satz 2) und auch die Unterhaltsansprüche des Kindes zu sichern. Von besonderer Bedeutung ist die *Feststellung der Vaterschaft*; das Recht des Kindes auf Feststellung seiner Abstammung ist auch als Bestandteil des Persönlichkeitsrechts des Kindes durch Art 1 und 2 Abs 1 GG geschützt anzusehen (s zB BGHZ 82, 173, 179 = FamRZ 1982, 159, 160 = JR 1982, 149, 151 m Anm GÖPPINGER; BINSCHUS ZfF 1983, 217). Hierin unterscheidet sich die Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes grundlegend von der des ehelichen Kindes (vgl zur letzteren § 1593 und dort Rz 2 ff, § 1591 Rz 2 ff). Obläge diese Aufgabe von vornherein der Mutter, ohne Einschaltung eines Pflegers, insbesondere des Amtspflegers (s §§ 1708, 1709, 1706 Nr 1), so wäre die Wahrnehmung der Interessen des Kindes nicht in gleichem Maße sichergestellt, angesichts der vielen möglichen Problemfälle (was auch noch in der heutigen Zeit anzunehmen ist, s BINSCHUS aaO 218), da manche Mütter wohl zu unerfahren und zu wenig sachkundig wären und auch in Betracht zu ziehen wäre, welche Haltung die Mutter gegenüber dem (mutmaßlichen) Vater des Kindes einnimmt (vgl hierzu BINSCHUS aaO, auch BOSCH FamRZ 1983, 433 f; GÖPPINGER JR 1982, 152; andererseits ZENZ-SALGO 48 ff; FINGER FamRZ 1983, 429 ff; SCHIMPF StAZ 1983, 192 ff; s zu diesen Fragen noch § 1707 Rz 14, 18 ff). – Deshalb sollte man das böse Wort von der „Zwangspflegschaft“ (ZENZ-SALGO aaO) vermeiden (BINSCHUS aaO, s auch FEHMEI FamRZ 1983, 971, 973); vgl noch zum schweizerischen Recht (Beistandschaft, Art 309 ZGB) STAUSS ZBl JugR 1980, 706, 709 f.

22

23 2. Keine elterliche Sorge des nichtehelichen Vaters

a) Die Regelung des § 1705 bedeutet, daß das Gesetz in keinem Fall eine Möglichkeit vorsieht, dem nichtehelichen Vater die elterliche Sorge, ganz oder teilweise, zuzuteilen, auch nicht, wenn sich das Kind in seinem Haushalt befindet und er diesem Naturalunterhalt gewährt, womit der Vater nicht mehr zur Zahlung des Regelunterhalts verpflichtet ist (§ 1615 f Abs 1 S 1 HS 2) – gerade dieser Umstand ist in der Begründung des RegE (V/2370 S 63 f, JANSEN-KNÖPFEL 263 ff) unberücksichtigt geblieben –. Im letzteren Falle kann der nichteheliche Vater (als solcher) elterliche Sorgerechte nur wahrnehmen, wenn er zum Vormund (§ 1779 Abs 2 S 3 HS 2) oder Pfleger bestellt ist (!) oder eben lediglich als Beauftragter der Mutter (!). So ist „die Verfemung väterlicher Sorge über Kinder mit Nichtehelichenstatus frei von Ausnahmen, konsequent durchgeführt mit der Strenge eines unverbrüchlichen Dogmas“ (so treffend GERNHUBER § 58 V 1).

Der Vater kann mit Einwilligung der Mutter (§ 1726 Abs 1 S 1) evtl die Ehelicherklärung des Kindes erwirken (§ 1723) – was nur geringe praktische Bedeutung hat (s auch unten Vorbem 45) – oder ebenfalls mit Einwilligung der Mutter (§ 1747 Abs 2 S 1) die Adoption des Kindes (§ 1741 Abs 3 S 2) erreichen (s dazu und zu den hierbei bestehenden Bedenken unten Vorbem 49 ff).

24 Die Begründung des RegE (aaO), die noch weitgehend auf den Anschauungen der 50er und 60er Jahre beruht (s auch zB HUVALÉ ZblJugR 1980, 560, 563; GERNHUBER § 58 I; sowie ZENZ-SALGO 60 f und unten Vorbem 42), erging sich in längeren Ausführungen, die schon in der damaligen Zeit (1967) wenig überzeugend klangen, darüber, warum dem Vater die elterliche Gewalt nicht zuguteil werden könne. So wurde behauptet, der Vater habe selten die Möglichkeit, die elterliche Gewalt ordnungsgemäß auszuüben; sei er unverheiratet, so könne er das Kind nicht selbst pflegen, nur in wenigen Fällen wären die Eltern oder sonstige nähere Verwandte des Vaters zur Pflege bereit. Außerdem habe nur eine kleine Minderheit der Väter ein Interesse daran, das Kind zu sich zu nehmen. Wolle er es aber zu sich nehmen, dann vielfach aus eigensüchtigen Motiven, nämlich, um Unterhalt für das Kind einzusparen. Wie die Praxis zeige, befinde sich das Kind nur selten beim Vater oder bei Verwandten des Vaters. Schließlich sei zu berücksichtigen, daß in den Fällen, in denen dem Vater die elterliche Gewalt zustehe, der Mutter ein Besuchsrecht verbleiben würde; durch die Ausübung dieses Besuchsrechts könnten sich größere Schwierigkeiten und Gefahren für das Kind ergeben, als wenn es bei einer fremden Familie untergebracht werde. Der Verkehr zwischen Mutter und Kind lasse sich nicht so stark beschränken, wie etwa der Verkehr zwischen Vater und Kind. Neben der Ehelicherklärung und der Adoption des Kindes durch den Vater werde die Möglichkeit, dem Vater die elterliche Gewalt gesondert zu übertragen, nicht vorgesehen. Dem Wohle des Kindes diene eine feste Zuordnung zur Familie der Mutter oder eine feste Zuordnung zur Familie des Vaters am besten. Es dürfe nicht so weit kommen, daß das Kind nicht mehr wisse, ob es zur Familie des Vaters oder zur Familie der Mutter gehöre. Würde die Möglichkeit vorgesehen, dem Vater die elterliche Gewalt isoliert zu übertragen, so müßte jedenfalls unter erleichterten Voraussetzungen die Übertragung abänderbar sein (s auch § 1727 Rz 2).

25 So ist ein Gesetz entstanden, das vergangenheitsbestimmt und nicht zukunftsorientiert ist (so zutreffend auch GERNHUBER § 58 I 3), entgegen dem Verfassungsauftrag des Art 6 Abs 5 GG (zu den schweren Mängeln des Gesetzes s noch unten Vorbem 42 ff, 53 ff).

26 b) Das BVerfG hat in einem **Urt v 24. 3. 1981** (E 56, 363 = NJW 1981, 1201 = FamRZ 1981, 429 = JZ 1981, 387) ausgesprochen, es liege *innerhalb der Grenzen der Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers* (Hervorhebung nicht im Original), daß er das minderjährige nichteheliche Kind allein der elterlichen Sorge der Mutter unterstelle; das gelte auch dann, wenn die Eltern eines nichtehelichen Kindes gemeinsam die mit der Pflege und Erziehung des Kindes verbundenen Aufgaben wahrnehmen und die Mutter die Mitübertragung des Sorgerechts auf den Vater wünsche. Es hat dazu noch ausgeführt: Bei einem gestörten Verhältnis zwischen dem nichtehelichen Vater und der nichtehelichen Mutter sei der Staat durch das ihm in Art 6 Abs 2 übertra-

gene Wächteramt berufen, eine klare Sorgerechtsregelung iS der Zuordnung des Kindes zu einem Elternteil vorzusehen, damit das Wohl des Kindes nicht durch den Streit der Eltern gefährdet werde. Lebe der nichteheliche Vater mit Kind und Mutter zusammen und seien damit die Voraussetzungen für die Wahrnehmung seiner elterlichen Verantwortung gegeben, könne ihm ein Recht aus Art 6 Abs 2 GG nicht abgesprochen werden (s hierzu § 1711 Rz 8). Art 2 Abs 1 GG gebiete, daß der Staat die Entscheidung der Eltern akzeptiere, keine Ehe miteinander eingehen zu wollen. Diese Haltung der Eltern enthebe den Gesetzgeber nicht seiner Verpflichtung, die Lage ihres Kindes möglichst weitgehend an die eines ehelichen Kindes anzupassen. Ein nichteheliches Kind, das von seinen Eltern betreut werde, die sich für eine freie Partnerschaft entschieden hätten, habe Mutter und Vater. Die Bedingungen für seine körperliche und seelische Entwicklung seien während der bestehenden Gemeinschaft seiner Eltern die gleichen wie die eines ehelichen Kindes, das bei seinen Eltern lebe. Der Gesetzgeber versage dem nichtehelichen Vater selbst dann eine Beteiligung am Sorgerecht, wenn er seine Aufgabe als Vater erfülle und die Mutter die rechtliche Anerkennung seiner gelebten Vaterschaft wünsche. Dieses Defizit stehe im Einklang damit, daß die Eltern sich gegen eine rechtlich verbindliche Ausgestaltung ihrer Beziehungen entschieden haben. Angesichts dieser Entscheidung sei der Gesetzgeber innerhalb der Grenzen der ihm obliegenden Gestaltungsbefugnis, wenn er von einer näheren rechtlichen Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Vater und Kind abgesehen und sich damit begnügt habe, eine auf das Kindeswohl abgestellte Regelung des Sorgerechts zu treffen. – Die Erwägung des Gesetzgebers, dem Wohle des Kindes diene es am besten, wenn es der Familie eines Elternteils fest zugeordnet werde, sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber sei auch von Verfassungs wegen nicht verpflichtet, im Bereiche der elterlichen Sorge differenzierende Regelungen zu schaffen, um den möglichen Formen der personalen Beziehungen der Eltern eines nichtehelichen Kindes Rechnung zu tragen (s dazu auch NEUHAUS FamRZ 1982, 1, 3).

§ 1705 verstoße auch nicht gegen Art 3 Abs 2 GG. Nach dieser Vorschrift sei der Gesetzgeber nicht verpflichtet, für die Zeit nach der Geburt eine von dem Grundsatz der ausschließlichen Zuordnung des nichtehelichen Kindes zur Mutter abweichende Sorgerechtsregelung vorzusehen. Die Anwendung des Gleichberechtigungsgrundsatzes von Mann und Frau im Verhältnis zwischen Vater und Mutter sei begrenzt durch das Kindeswohl. 27

Gegen diese Entscheidung des BVerfG sind indessen verschiedene Bedenken zu erheben (vgl auch DE WITT-HUFFMANN Rz 239 ff). Es trägt zunächst dem Umstand zu wenig Rechnung, daß der Gesetzgeber des Jahres 1969 nicht hatte berücksichtigen und voraussehen können, daß in den 70er Jahren nichteheliche Lebensgemeinschaften häufiger geworden sind (s dazu WINGEN FamRZ 1981, 331) und damit viele nichteheliche Kinder in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ihrer Eltern aufwachsen oder zumindest längere Zeit verbringen (s hierzu auch HUVALÉ ZblJugR 1980, 560). Das BVerfG berücksichtigt vor allem nicht die Fälle, daß die Mutter des Kindes für dessen Betreuung auf Dauer oder für längere Zeit ausfällt und zwischen dem Vater und dem Kinde ein gutes Vater-Kind-Verhältnis bestanden hatte, insbesondere dadurch, daß er das Kind mitbetreute oder daß er das Kind – wenn die Eltern nicht (mehr) zusammenleb(t)en – laufend besucht hatte. Hier leuchtet es nicht ein, daß das Gesetz keine differenzierende Regelung enthält und keine die besonderen Umstände des Einzelfalles berücksichtigende Entscheidung zuläßt, sondern dann nur die Lösung vorsieht, daß ggf Vormundschaft eintritt (§ 1773) – vor allem im Falle des Todes der Mutter des Kindes – oder ein Pfleger bestellt werden muß (§ 1909), evtl der Vater Vormund (§ 1779 Abs 2 S 3 HS 2) oder Pfleger werden kann, was an sich als ein Kuriosum bezeichnet werden muß, etwa in dem Falle, daß 28

die Mutter nach jahrelangem eheähnlichem Zusammenleben plötzlich die gemeinsame Wohnung verläßt und sich auch nicht mehr um das Kind kümmert. Der Gesetzgeber hatte mit dem Hinweis, in Ausnahmefällen komme es vor, daß der Vater das Kind betreue (§ Vorbem 24), das Problem im allgemeinen gesehen (§ aber auch oben Vorbem 23). Das BVerfG hat dagegen im Ur t v 3. 11. 1982 (E 61, 358 = NJW 1983, 101 = MDR 1983, 108 = JZ 1983, 298 m Anm GIESEN = FamRZ 1982, 1179) zur Frage der Verfassungswidrigkeit des § 1671 Abs 4 S 1 (mit Recht) gerade hervorgehoben, der Gesetzgeber müsse auch *mögliche besondere Fallgestaltungen berücksichtigen* und dürfe deshalb hier keine Regelung treffen, die Ausschließlichkeitscharakter habe. Demgegenüber vermag die Argumentation des BVerfG in dem Ur t v 24. 3. 1981 nicht zu überzeugen, die starre Regelung des § 1705 bezüglich der Zuordnung des Kindes zur Mutter und mütterlichen Familie, die Unterlassung einer differenzierenden Regelung durch den Gesetzgeber diene dem Wohle des Kindes und sei daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, etwa wenn man die Fälle erwägt, daß ein eheähnliches Zusammenleben der Eltern des Kindes nach langjähriger Gemeinschaft zerbricht. Andererseits hat das BVerfG im Falle der Scheidung einer Ehe gerade eine differenzierende Regelung zum Wohle des Kindes gefordert, wobei auch zu beachten ist, daß hier die Gründe für die Sorgerechtsregelung nunmehr (§ 1671 Abs 2, vgl dagegen für das frühere Recht § 1671 Abs 3 S 2 aF) von den Gründen des Scheiterns der Ehe unabhängig sind (§ auch MünchKomm-HINZ Erg zu § 1705 Rz 2).

- 29 Die Entscheidung des BVerfG v 24. 3. 1981 ist wohl insofern nicht frei von Widersprüchen, als es (zutreffend) dem nichtehelichen Vater, wenn er mit dem Kinde zusammenlebt, das *Elternrecht des Art 6 Abs 2 GG* zubilligt (§ auch § 1711 Rz 8), andererseits aber den völligen Ausschluß des Vaters von der Ausübung des Sorgerechts als verfassungsrechtlich korrekt beurteilt. In einem früheren Beschl v 8. 6. 1977 hatte das BVerfG (E 45, 104, 123 = FamRZ 1977, 611, 614 = [gekürzt] NJW 1978, 33) übrigens beiläufig ausgesprochen, nach dem Wegfall des § 1589 Abs 2, der eine Verwandtschaft zwischen dem nichtehelichen Kinde und dem Vater ausgeschlossen habe (vgl dazu § 1589 Rz 1) – in dem Beschl v 3. 11. 1981 (E 58, 377, 389 = NJW 1982, 565 = FamRZ 1982, 136, 138) hat es dann jedoch darauf hingewiesen, § 1589 Abs 2 habe offensichtlich der Verfassung widersprochen –, gelte *Art 6 Abs 1 GG* auch für die *Beziehung zwischen dem nichtehelichen Kinde und seinem Vater*, unter Berufung auf MAUNZ in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art 6 Rz 16 (§ auch Vorbem 9 zu § 1600 a).
- 30 Ferner vermögen die Darlegungen des BVerfG, mit denen es einen Verstoß gegen Art 3 Abs 2 GG verneint, nicht zu überzeugen, insbesondere gerade insofern, als das Gesetz eine spätere Übertragung (oder Zuteilung) der elterlichen Sorge auf den nichtehelichen Vater *in keinem Falle* zuläßt, und auch im Hinblick darauf, daß das Gesetz es andererseits ermöglicht, daß der Vater dem Kinde seinen Familiennamen erteilt (§ 1618 Abs 1, s auch § 1705 Rz 28). Das NEhelG hatte die Rechtsstellung des Vaters und damit ebenfalls sein Verantwortungsbewußtsein für das Kind stärken wollen. Mit dieser zutreffenden Tendenz ist es schwerlich in Einklang zu bringen, daß das Gesetz, das, wie erwähnt, die Namenserteilung zuließ, jegliche Möglichkeit ausschloß, daß der Vater die elterliche Sorge erhält (vgl noch § 170 S 2 ABGB). Das BVerfG hat übrigens auch diesen Gesichtspunkt sowie die Regelungen der §§ 1615 f Abs 1 S 1 HS 2, 1618 a, 1619 nicht berücksichtigt (§ hierzu Vorbem 53 f und § 1705 Rz 28 ff; vgl auch als Beispiel OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 417).
- 31 Der in der Begründung des RegE (§ oben Vorbem 24) dargelegte Gesichtspunkt, es solle ein Streit zwischen den Eltern, ein „Tauziehen“ um das Kind (vgl BT-Drucks V/2370, 63; JANSEN-KNÖPFEL 263) vermieden werden, kann nicht als stichhaltig beurteilt werden, da es ja, wie gezeigt, Fälle geben kann, in denen überhaupt kein

Streit zwischen den Eltern des nichtehelichen Kindes entstehen kann oder das Wohl des Kindes eindeutig zugunsten des Vaters den Ausschlag gibt.

De lege ferenda kann das Urte des BVerfG v 24. 3. 1981 indes nicht dahin verstanden werden, verfassungswidrig wäre eine Regelung, die eine Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater (als Alleininhaber des Sorgerechts) unter bestimmten Voraussetzungen vorsähe (s SIMON ZblJugR 1984, 14, 16), oder wohl auch eine weitergehende Regelung dahin, daß im Falle einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft der Eltern das Sorgerecht dem Vater ebenfalls zugeteilt werden könne, wenn die Mutter dies auch wünscht (s Vorbem 54 sowie zB ROGALSKI AnwBl 1983, 358, 367; ferner NEUHAUS ZblJugR 1981, 37, 41 f; BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1183 li Sp oben).

c) Die Regelung des § 1705, der Ausschluß einer Zuteilung des Sorgerechts an den Vater, verstößt wohl nicht gegen Art 8, 14 EMRK, wohl dann ebenfalls nicht, wenn die Eltern mit dem Kinde in einer eheähnlichen Gemeinschaft leben (s KG OLGZ 1982, 58 = FamRZ 1982, 95 = DAVorm 1982, 87; STURM FamRZ 1982, 1150, 1156 f; aber auch JAYME NJW 1979, 2425, 2428; STÖCKER DAVorm 1980, 249, 253 f; SCHWAI-GER EuGRZ 1982, 1), da die in § 1705 enthaltene Einschränkung wohl durch Art 8 Abs 2 EMRK gedeckt ist (so ausdrücklich STURM aaO).

3. Zur Umgangsregelung des § 1711

a) Während einem nichtsorgeberechtigten ehelichen Elternteil, zB bei Getrenntleben oder nach der Auflösung, insbesondere der Scheidung der Ehe, die Befugnis zum persönlichen Kontakt mit dem minderjährigen, aus der Ehe hervorgegangenen Kinde zusteht (§ 1634 Abs 1 S 1) und ggf das FamG über den Umfang der Befugnis zu entscheiden und die Ausübung näher zu regeln hat (§ 1634 Abs 2 S 1 HS 1), bestimmt gemäß § 1711 Abs 1 S 1 derjenige, dem die Personensorge für das Kind zusteht, dh regelmäßig die Mutter (§ 1705), auch wenn die Mutter minderjährig ist, ggf der Vormund (s auch § 1711 Rz 14), den Umgang des Kindes mit dem Vater. Jedoch kann das VormG dann (nur dann), wenn der Umgang dem Wohl des Kindes dient, entscheiden, dem Vater stehe die Befugnis hierzu zu, und kann es Näheres regeln (§ 1711 Abs 2 S 1 und 2). Der Vater hat also nur ein eingeschränktes Recht zum Umgang mit dem Kinde (Näheres s § 1711 Rz 7 ff und dort zur objektiven Beweislast Rz 72).

In der Begründung des RegE (BT-Drucks V/2370, 68 f; JANSEN-KNÖPFEL 284 ff) wurde darauf hingewiesen, die soziologische Stellung des Vaters eines unehelichen Kindes sei eine ganz andere als die eines ehelichen Vaters; sie könne auch nicht mit der eines ehelichen Vaters verglichen werden, dessen Ehe geschieden sei. Ferner wurde ausgeführt: beim unehelichen Kinde müsse das Kindeswohl noch stärker in den Vordergrund gestellt werden als beim ehelichen; denn das uneheliche Kind stehe kraft seiner unehelichen Geburt ohnehin in einer ungünstigeren Lage als das eheliche Kind. Der Ausgleich dieser ungünstigen Lage sei das sich aus Art 6 Abs 5 GG ergebende Ziel der Reform . . . Dem Kindeswohl entspreche in einem Teil der Fälle ein Verkehr zwischen Vater und Kind, in einem anderen, wohl größeren Teil spreche das Kindeswohl dagegen . . . Ein allgemeines Verkehrsrecht sei jedoch mit mannigfachen Gefahren und Unzuträglichkeiten verbunden. Von den verhältnismäßig wenigen Vätern, die einen Verkehr wünschen, werde nur ein Teil von Verantwortung oder von Zuneigung zum Kinde geleitet. Ein Teil der Väter wolle sich auf diesem Wege wieder der Mutter nähern, nicht selten ohne die Absicht einer Eheschließung. Ein anderer Teil wolle der Mutter Schwierigkeiten machen. Andere Väter begehrten den Verkehr als Gegenleistung für ihre Unterhaltszahlungen. Ein nicht kleiner Teil würde den Verkehr, wenn ein Anspruch darauf eingeräumt würde, aus Rechthaberei begehren, um das gesetzlich eingeräumte Recht durchzusetzen. Selbst wenn jedoch der Vater den Verkehr um des Kindes willen wünsche, könne der Verkehr dem Kinde schädlich sein. Häufig erleide das Kind durch den Kontakt mit dem Vater eine Enttäuschung, die eine zusätzliche Belastung bedeute. Es bestehe ferner die Gefahr, daß der Vater versuche, sich in die Erziehung einzumischen, daß er das Kind verwöhne oder gar gegen Mutter oder Pflegeeltern aufwiegele. In diesen Fällen werde die ruhige ungestörte Entwicklung des Kindes beeinträchtigt . . .

Sei die Mutter verheiratet, so könne das Auftauchen des früheren Liebhabers der Mutter den Ehe- und Familienfrieden stören. Wenn sich zwischen dem Kinde und dem Ehemann der Mutter oder einem Pflegevater eine wirkliche Vater-Kind-Beziehung entwickelt habe, könne die seelische Entwicklung des Kindes durch den natürlichen Vater geschädigt werden . . . Ein allgemeines Verkehrsrecht würde die Lage der unehelichen Kinder im ganzen eher verschlechtern als verbessern. Da der Verkehr im Einzelfalle jedoch dem Wohle des Kindes dienen könne, vermeide es der Entwurf, den Verkehr zwischen Vater und Kind gänzlich zu untersagen oder völlig in das freie Ermessen des Sorgeberechtigten zu stellen.

- 36 b) Das BVerfG hat mit dem Urt v 24. 3. 1981** (E 56, 363, 390 ff, s oben Vorbem 26) die Regelung des § 1711 Abs 1, Abs 2 S 1 i d F des SorgeRG für verfassungsgemäß erklärt (s ferner noch den **Beschl v 3. 11. 1981**, BVerfGE 58, 377, 393 f = NJW 1982, 565 = FamRZ 1982, 136, 139; sowie den **Beschl v 31. 5. 1983**, BVerfGE 64, 180, 191 f = FamRZ 1983, 872, 874). Das BVerfG hat dazu in dem **Urt v 24. 3. 1981** dargelegt: Die Regelung des § 1711 gehe davon aus, daß in den Fällen, in denen die Mutter aus Gründen, die verschiedenster Art sein könnten, Kontakte des nichtehelichen Vaters zu seinem Kinde ablehne, dies im Interesse des Kindes in der Regel zu akzeptieren sei; dabei habe der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise auf Erfahrungen mit Verkehrsregelungen nach Ehescheidungen zurückgreifen dürfen. Der sich aus Art 6 Abs 5 ergebenden Aufgabe . . . habe der Gesetzgeber dadurch entsprochen, daß das VormG dem nichtehelichen Vater die Befugnis zum Umgang mit seinem Kinde zuerkennen könne, wenn und soweit dieser dem Wohle des Kindes diene. Weitergehende Rechte könne der Vater auf Grund des Art 6 Abs 2 S 1 GG nicht beanspruchen. Die Regelung des Umgangsrechts des nichtehelichen Vaters mit seinem Kinde sei auch mit Art 3 Abs 1 GG vereinbar; denn angesichts der offenbaren Unterschiede in der Situation geschiedener Eltern und niemals verheirateter Eltern seien nichteheliche Väter durch die verschiedene Behandlung nicht zu Unrecht benachteiligt (s zu dieser Entscheidung noch § 1711 Rz 8, 48).
- 37** In dem **Beschl v 3. 11. 1981** hat das BVerfG noch auf folgendes hingewiesen: Das NEhelG und auch das SorgeRG hätten die Stellung des nichtehelichen Vaters nicht so ausgebaut, daß generell vom Bestehen engerer persönlicher Beziehungen zwischen Vater und Kind ausgegangen werden könne. Der Gesetzgeber habe der nichtehelichen Mutter die grundsätzliche Entscheidungsbefugnis darüber zuerkannt, ob und in welchem Umfange der nichteheliche Vater Gelegenheit haben solle, mit seinem Kinde zusammenzusein . . . Selbst wenn der Vater den Kontakt mit seinem Kinde wünsche, könne dieser durch die Mutter weitgehend verhindert werden.
- 38** Die Entscheidung des BVerfG v 24. 3. 1981 vermag freilich nicht voll zu überzeugen (so auch zB KIND FamRZ 1981, 1022; DIEDERICHSEN NJW 1983, 1017, 1020 Fn 67; vgl ferner LG Köln FamRZ 1977, 205), da das BVerfG die heutige Situation nichtehelicher Kinder und Väter zu wenig in Erwägung gezogen und nicht genügend beachtet hat, daß die Regelung des § 1711 auf den teilweise überholten Anschauungen aus der Zeit der Entstehung des NEhelG beruht (s zu den Auswirkungen der Entscheidung des BVerfG § 1711 Rz 11, 40).
- 39 c) Die Regelung des § 1711 ist wohl ebenso wie die des § 1705 als mit Art 8, 14 EMRK vereinbar zu beurteilen** (s dazu Vorbem 33).
- 40 4. Zur Diskriminierung der nichtehelichen Geburt, zum Abbau der Diskriminierung, Würdigung des geltenden Rechts, rechtspolitische Bemerkungen**
- a) Das BVerfG hat in seiner Entscheidung v 29. 1. 1969** (s Vorbem 9 zu § 1600 a) darauf hingewiesen, mit Art 6 Abs 5 GG habe der Verfassungsgeber auch dafür sorgen wollen, daß das Kind so wenig wie möglich unter dem Verhalten seiner Eltern zu

leiden habe, dh daß die noch bestehende Diskriminierung der nichtehelichen Geburt beseitigt werden solle.

In der Zwischenzeit ist indes die Diskriminierung der nichtehelichen Mutter und des nichtehelichen Kindes weitgehend abgebaut worden, worauf zB auch das BVerfG im Urteil v 24. 3. 1981 (BVerfGE 56, 363, 383, s oben Vorbem 26) hingewiesen hat (vgl aber noch OLG Stuttgart FamRZ 1980, 491, 493). Diese Erscheinung und Entwicklung dürfte aber wesentlich beeinflußt sein von dem Phänomen eines gesellschaftlichen Umbruchs, des Wandels der Anschauungen über das Zusammenleben der Geschlechter, des Aufkommens nichtehelicher oder außerehelicher Gemeinschaften bzw Lebensgemeinschaften, worauf zB HUVALÉ (ZblJugR 1980, 560, 562) hingewiesen hat (s auch KNÖPFEL FamRZ 1983, 317, 324), in der Beurteilung solcher Beziehungen, die nicht mehr (grundsätzlich) als sittenwidrig angesehen werden (vgl zB STRÄTZ FamRZ 1980, 301, 302, 305, 308; WINGEN FamRZ 1981, 331; auch FAHRENHORST FamRZ 1980, 440; BGHZ 84, 36, 38 = FamRZ 1982, 774; zu Zuwendungen und testamentarischen Verfügungen zugunsten von Geliebten zB BGHZ 53, 369 = FamRZ 1970, 368; FamRZ 1973, 537; FamRZ 1983, 53, 55), im Hinblick auf die veränderten Wertvorstellungen in der Mehrheit der Bevölkerung und gerade die Liberalisierung der sexuellen Beziehungen (s zB OLG Hamm FamRZ 1983, 951, 952; NJW 1983, 1564, vgl auch OLG Düsseldorf NJW 1983, 1566, 1567 = FamRZ 1983, 274 m krit Anm Bosch), sowie des Sexualstrafrechts. Hinzu kommt eine Veränderung der Einstellung zum menschlichen Körper, ein Abbau einer unangemessenen Prüderie, was sich in einer weiten oder weiteren Verbreitung des Nacktbadens und des Saunabadens, auch beider Geschlechter gemeinsam zeigt(e) und auswirkt(e).

b) Wie sehr das NEhelG jedoch noch auf überkommenen Anschauungen beruht 42 und wie wenig es zukunftsorientiert war (s Rz 25), wie sehr es noch von der Anschauung ausging, die uneheliche Geburt sei diskriminierend, daher solle es der Mutter, ggf auch dem Vater ermöglicht werden, diese zu verbergen oder zu verdecken, wird aus vielen Stellen der Begründung des RegE (BT-Drucks V/2370) deutlich:

aa) Zu § 1617 Abs 1 wird dort gesagt (aaO 59; JANSEN-KNÖPFEL 237), eine 43 Verschiedenheit der Namen (nämlich der Mutter und des Kindes) wäre dem Wohle des Kindes auch insofern abträglich, als die Gefahr vergrößert würde, daß die Unehelichkeit des Kindes bekannt würde (nämlich, wenn die Mutter infolge Verheiratung einen Ehenamen führt oder wenn die Ehelichkeit des Kindes mit Erfolg angefochten worden ist). Zu § 1618 wird dargelegt (aaO 60; JANSEN-KNÖPFEL 241): Die Einbenennung (§ 1706 aF) solle übernommen werden, sie diene dem Zweck, die Unehelichkeit nicht nach außen in Erscheinung treten zu lassen (s zum früheren Recht VoraufL § 1706 Rz 18, sowie GERNHUBER FamR [1. Aufl 1964] 621, der sich mit Recht auch gegen die Auffassung gewandt hatte, die Einbenennung beseitige den Makel [!] der unehelichen Geburt, mit dem Hinzufügen, durch den ständigen Hinweis auf ihn werde er konserviert; ferner s noch OTTO StAZ 1974, 270; DE WITTHUFFMANN Rz 248 aE).

Hinzuzufügen ist, daß eine Namensgleichheit zwischen Mutter und Kind dem Wohle 44 des Kindes dient und daher grundsätzlich gerechtfertigt ist, damit auch in gewissem Umfange und unter bestimmten Voraussetzungen ein Namenswechsel (freilich mit Regelungen, die klar und durchsichtig und genügend durchdacht sind und nicht einseitig eine besondere Rechtsstellung des nichtehelichen oder nichtehelich gewesenen [vgl §§ 1737, 1740 f Abs 3] Kindes herausstellen sollten).

bb) Wie schon in Vorbem 24 erwähnt, versuchte die Begründung des RegE darzu- 45 tun, warum dem unehelichen Vater die elterliche Gewalt nicht zugeteilt werden

könne, und verwies hierbei vor allem auf die Möglichkeit der Ehelicherklärung – wobei freilich eingeräumt werden mußte, daß von ihr sehr selten Gebrauch gemacht wurde (s BT-Drucks V/2370, 72; JANSEN-KNÖPFEL 299, sowie die Zahlenangaben dort 298, bei BÖKELMANN FamRZ 1966, 546, 549 Fn 31 und SIMITIS FamRZ 1967, 78, 81 Fn 30; ferner s DÖLLE II § 111 I 3 m Fn 16; GÖPPINGER DRiZ 1970, 177, 178) –. Die Ehelicherklärung ist eine Legitimation, die aus der Diskriminierung der unehelichen Geburt erwuchs (s unten § 1733 Rz 6, und zB GERNHUBER § 61 II 1) und ursprünglich *Gnadensache*, *Ermessensentscheidung* der Landesherren, später der Justizverwaltungen war (s CONRAD FamRZ 1962, 327; BEITZKE FamRZ 1974, 553, 554) – seit 1. 1. 1962, dem Inkrafttreten des FamRÄndG 1961, obliegt die Entscheidung dem VormG (s Neufassung des § 1723, dort Rz 1) –. Soweit sie heute beantragt wird, dient sie offenbar vor allem dem Interesse des Vaters, der Nachrede zu entgehen, er habe ein nichteheliches Kind; viele Anträge beruhen auch darauf, das Konkubinat in seinen Folgen wenigstens äußerlich mit dem Schein einer Ehe zu umkleiden (s BEITZKE aaO; GERNHUBER § 61 II 2; sowie zB KG FamRZ 1984, 98, 99 = Rpfleger 1984, 16, 17; s auch § 1738 Rz 3).

- 46 Mit dem durch das NEhelG eingeführten neuen Institut der Ehelicherklärung auf Antrag des Kindes (§§ 1740 a ff, s dazu Vorbem 18 ff zu § 1719) wurde letzten Endes eine weitere Möglichkeit eröffnet, die nichteheliche Geburt zu verschleiern (s § 1740 a Rz 11). Wenig sinnvoll sind auch die Regelungen, die eine Ehelicherklärung nach dem Tode des Vaters ermöglichen (s § 1723 Rz 45, § 1733 Rz 6 ff, 10 ff), und auf Antrag eines beschränkt geschäftsfähigen Vaters (s § 1728 Rz 6) und auch dann, wenn das Kind schon volljährig ist (s § 1723 Rz 16, 22 f, § 1740 a 38); sie dienen letztlich ebenfalls dazu, die nichteheliche Geburt zu verbergen, sowie dazu, daß das Kind den Regelungen der §§ 1934 a ff entgehen kann!
- 47 Aus den obigen Darlegungen wird deutlich, daß die Ehelicherklärung heutzutage keine Berechtigung mehr hat; hinzukommt, daß die umfangreichen komplizierten (zT perfektionistischen, zT widersprüchlichen, lückenhaften und nicht genügend durchdachten) Vorschriften (s auch Vorbem 2 ff zu § 1723) in keinem Verhältnis zu der geringen praktischen Bedeutung des Instituts stehen (s zB BINSCHUS ZfF 1983, 217, 219, auch BEITZKE aaO).
- 48 Das Schwergewicht der Vorschriften der §§ 1723 ff liegt auf den Regelungen der elterlichen Sorge (§§ 1736, 1738 Abs 1); dieses Institut wäre völlig entbehrlich, wenn dem Vater die elterliche Sorge übertragen werden könnte (s schon GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 65 Fn 116; sowie MünchKomm HINZ Vorbem 7, 9 zu § 1705; BEITZKE aaO; HOLZHAUER FamRZ 1982, 109, 114 f; STRÄTZ FamRZ 1980, 432, 437; auch LANGE NJW 1970, 297, 298 li Sp).
- 49 cc) Die Begründung des RegE (s Vorbem 24, 45) verwies außer der Möglichkeit der Ehelicherklärung auch auf die Möglichkeit der **Adoption** des Kindes durch den Vater. In diesem Zusammenhang ist zugleich darauf einzugehen, daß das NEhelG mit dem § 1742 a (s jetzt die Regelung des § 1741 Abs 3 S 2) die Möglichkeit eröffnet hat, das **eigene uneheliche Kind** zu adoptieren. Dazu finden sich bei JANSEN-KNÖPFEL (338) die bemerkenswerten Sätze, unter Berufung auf eine Äußerung von WEBLER aus dem Jahre 1935 (!), in vielen Fällen könne durch eine solche Adoption die gesellschaftliche Ächtung der Mutter (vgl WEBLER ZbJugR 1935/1936, 277), vielleicht auch die des Vaters, und gleichzeitig damit eine gesellschaftliche Ächtung des Kindes ausgeschaltet werden. In der Begründung des RegE (BT-Drucks V/2370, 79; JANSEN-KNÖPFEL aaO) wird gesagt, sowohl dem Vater wie der Mutter könne an einer Adoption des Kindes gelegen sein, weil dadurch verborgen werde, daß der Vater ein uneheliches Kind gezeugt, die Mutter ein uneheliches Kind geboren habe; die Adoption sei wegen der einseitigen Zuordnung des Kindes zum Annehmenden schließlich

der einzige Weg, den Verkehr des anderen Elternteils mit dem Kind sicher und endgültig auszuschließen (!).

Gegen diese Zulassung der Adoption des eigenen nichtehelich geborenen Kindes bestehen schwerste rechtspolitische Bedenken. Die Regelung verstößt gegen Grundprinzipien des NEhelG (s schon GÖPPINGER FamRZ 1966, 418, 423; ENGLER FamRZ 1966, 551, 553; ferner ENGLER, Auf dem Weg zu einem neuen Adoptionsrecht [1972] 35 f; FamRZ 1975, 325; FamRZ 1976, 17; sowie KUMME ZblJugR 1976, 242, 244 f; SCHÖPS 236 f); es macht gerade – und unnötigerweise – die Besonderheit der Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes deutlich; denn ein eheliches Kind kann nicht von einem Elternteil, zB nach der Scheidung der Ehe, adoptiert werden (s zB OLG Hamm FamRZ 1978, 735). Die Erwägung, damit könne sicher und endgültig ein Kontakt des Kindes mit dem anderen Elternteil ausgeschaltet werden, ist geradezu grotesk (vgl dazu auch den vom OLG Hamm FamRZ 1982, 194 entschiedenen Fall) und verstößt gegen die Tendenz des NEhelG, auch die Stellung des Vaters und sein Verantwortungsbewußtsein gegenüber dem Kinde zu stärken. Die Adoption des eigenen nichtehelichen Kindes hat unannehmbare Konsequenzen, die inzwischen durch die Einführung der Volladoption (§ 1755 idF des AdoptG) noch verschärft wurden: Adoptiert die Mutter das Kind, so wird dieses **vaterlos**, jegliche verwandtschaftliche Beziehungen zur väterlichen Familie sind abgeschnitten, das Kind verliert die (nach dem Wirksamwerden des Adoptionsbeschlusses, § 1752, fällig werdenden) Unterhaltsansprüche gegen den Vater, evtl dessen Eltern (§§ 1601, 1606), ebenso erbrechtliche Ansprüche. Das Kind hat die gleiche Rechtsstellung, wie wenn die Mutter ein anderes fremdes Kind adoptiert hätte. Wie soll die Mutter später dem Kinde erklären und plausibel machen – da ja die Adoption nicht verborgen bleiben kann –, daß sie leibliche Mutter *und* Adoptivmutter ist, warum sie das Kind adoptiert hat (s schon GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 58 Fn 11)?

Wird das Kind vom Vater adoptiert, so wird das Kind **mutterlos** mit den entsprechenden Folgen.

Besonderheiten bezüglich der Adoption des nichtehelichen Kindes ergeben sich noch aus folgendem:

Zur Adoption des Kindes durch den Vater ist die Einwilligung der Mutter erforderlich (§ 1747 Abs 2 S 1). Dagegen ist zur Adoption des Kindes durch die Mutter, oder auch Dritte, die Einwilligung des (festgestellten – § 1600 a –) Vaters nicht vorgeschrieben. Dies gilt auch dann, wenn die Eltern des Kindes mit diesem lange Jahre in einer eheähnlichen Gemeinschaft zusammengelebt hatten (!). Der Vater muß lediglich gehört werden (§ 50 a Abs 2 FGG). Die Adoption des Kindes durch die Mutter hat Vorrang vor der durch den Vater (§ 1747 Abs 2 S 2 HS 2; s dazu HOLZHAUER FamRZ 1982, 109, 112 li Sp). § 1747 Abs 2 S 3–5 enthalten Regelungen darüber, daß der Vater auf eine Adoption verzichten kann; entsprechende Vorschriften darüber, ob die Mutter verzichten kann, gibt es nicht. Hat ein Dritter die Adoption beantragt, so kann darüber zwar nicht entschieden werden, wenn der Vater die Ehelicherklärung oder die Adoption des Kindes beantragt hat (§ 1747 Abs 2 S 2 HS 1); dh es muß zunächst geklärt werden, ob dem Antrage des Vaters stattzugeben ist. Doch ist diese Regelung, welche die Stellung des Vaters stärken soll, praktisch illusorisch, wenn die Mutter der Adoption durch Dritte, nicht aber durch den Vater und ebenso nicht der Ehelicherklärung zustimmt (vgl dazu einen v CHR MÜLLER DAVorm 1983, 889 berichteten Fall, sowie auch HOLZHAUER aaO 114 f).

War das Kind von Dritten adoptiert worden und wird die Adoption wieder aufgehoben, so hat das VormG gemäß § 1764 Abs 4 der Mutter (als dem leiblichen Elternteil) die elterliche Sorge wieder zu übertragen, wenn und soweit dies dem Wohle des Kindes nicht widerspricht; dagegen ist der *nichteheliche Vater nicht leib-*

licher Elternteil iS dieser Vorschrift, da sie voraussetzt, daß der Elternteil vor der Adoption des Kindes die elterliche Sorge innehatte. Das letztere wäre nur der Fall, wenn das Kind legitimiert (§ 1719) oder für ehelich erklärt worden wäre (§ 1723).

- 53 c) Die obigen Ausführungen machen deutlich, daß das Nichtehelichenrecht, wie es durch das Gesetz des Jahres 1969 geschaffen worden ist, keineswegs als eine endgültig befriedigende Lösung angesehen werden kann, dh einer weiteren Korrektur und Reform bedarf. Es wird vor allem zu erwägen sein, das *Nichtehelichenrecht* (mit diesem Begriff) überhaupt abzuschaffen (s schon NEUHAUS FamRZ 1966, 528; FamRZ 1972, 279; STÖCKER ZRP 1975, 32; HUVALÉ ZblJugR 1980, 560; DE WITTHUFFMANN Rz 207 ff; sowie auch ZWIEGERT JuS 1967, 241, 243 f; SIMITIS JZ 1969, 277, 279), was in manchen Ländern bereits geschehen ist (s zB das neue Kindschaftsrecht der Schweiz, vor allem Art 252, 260, 270 ZGB, dazu HANISCH FamRZ 1975, 6; SIEHR DAVorm 1978, 153; STURM StAZ 1979, 185; STAUSS ZblJugR 1980, 706; JAYME FamRZ 1981, 221, 222 – hier ist nur die Rede von Eltern, die miteinander verheiratet sind, und Eltern, die nicht miteinander verheiratet sind –). Im deutschen Recht findet sich ein Ansatz in § 1683 Abs 1 – wo es heißt: „Sind die Eltern des Kindes nicht oder nicht mehr miteinander verheiratet, . . .“ –.
- 54 Gerade auch im Hinblick auf die Vorschriften der §§ 1615 f Abs 1 S 1 HS 2, 1618 Abs 1 S 1, 1618 a, 1619 (s Vorbem 23, 30 und § 1705 Rz 28 ff) sollte sich die Erkenntnis durchsetzen, wie wenig sinnvoll und folgerichtig, wie widersprüchlich der Ausschluß der Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater ist, wie sehr die Anschauungen überholt sind, auf denen das NEhelG beruhte (s Vorbem 23 ff). Schon die Entwürfe 1925 und 1929 (s Vorbem 10) hatten die Möglichkeit der Zuteilung der elterlichen Sorge, der Personensorge bzw – nach dem damaligen Sprachgebrauch – der elterlichen Gewalt vorgesehen. Auch der Deutsche Juristentag hat 1962 den Vorschlag beschlossen, in bestimmten Fällen dem Vater die elterliche Gewalt oder die Personensorge zuzuteilen (NJW 1962, 1854; FamRZ 1962, 402; JR 1962, 455). In vielen ausländischen Rechten ist inzwischen eine solche Regelung enthalten (s JAYME NJW 1979, 2425, 2428 m Fn 36; MOCKENHAUPT ZblJugR 1981, 337). Dem sollte das deutsche Recht folgen (s auch oben Vorbem 32, sowie KNÖPFEL FamRZ 1983, 317, 324 m Fn 107), und zwar ebenfalls mit der Möglichkeit, daß dem Vater die elterliche Sorge mitübertragen wird (s zu ausländischen Rechtsordnungen JAYME aaO m Fn 37), vor allem, wenn die Mutter es wünscht (grundsätzlich ablehnend jedoch der Parlamentarische Staatssekretär KLEIN, wiedergegeben von SCHMIDT-RÄNTSCH FamRZ 1983, 17, 18). BOSCH (FamRZ 1980, 854) meinte dazu, der Vater habe in vielen Fällen die Möglichkeit, die elterliche Sorge zu erlangen, nämlich wenn er die Mutter heirate oder die Ehelicherklärung des Kindes erwirke; in den meisten Fällen ergebe sich ein Weg, dem Anliegen des die väterliche Verantwortung ganz bejahenden Vaters zu entsprechen. Indes kommt eben in vielen Fällen, dh wohl in den meisten Fällen, eine Ehelicherklärung praktisch nicht in Betracht. Wieso sich in den meisten Fällen nach dem geltenden Recht ein Weg eröffnen soll, dem erwähnten Anliegen des Vaters zu entsprechen, ist nicht ersichtlich und nicht zutreffend; der Hinweis darauf (BOSCH FamRZ 1980, 1090), die Problematik sei vor 20–12 Jahren gründlich erörtert worden, ist nicht stichhaltig, da sich inzwischen die Verhältnisse wesentlich geändert haben und die damalige Diskussion weitgehend auf den überkommenen Anschauungen beruhte. Bemerkenswert ist aber, daß BOSCH (aaO) darauf hinwies, eine gewisse Änderung des starren Prinzips des § 1738 Abs 1 möge erwogen werden.
- 55 Wie erwähnt (s Vorbem 48), ist die *Ehelicherklärung* überhaupt entbehrlich (hierauf wies übrigens schon in der BT-Debatte am 17. 1. 1968 bei Einbringung des RegE [s Prot 7565 C] ein Abgeordneter hin, doch fand diese Stimme keinen Widerhall).

Gestrichen werden sollten die Vorschriften der §§ 1741 Abs 3 S 2, 1747 Abs 2 S 2–5 (s auch oben Vorbem 49 ff) mit *Änderungen der §§ 1719 S 2, 1741 Abs 2 S 2, 1772 S 1 lit c*; ferner sollten die speziellen Vorschriften über den *Erbersatzanspruch* (§§ 1934 a ff) aufgehoben und dem Kinde das Erbrecht eines Abkömmlings, Erben erster Ordnung (§ 1924) eingeräumt werden (s dazu WERNER in dies Komm, § 1934 a Rz 39 f; SOERGEL-STEIN Vorbem 4 f, 10 zu § 1934 a; GÖPPINGER BldWPfl 1968, 280, 285; LUTTER FamRZ 1967, 68). Dem steht nicht entgegen, daß das BVerfG (E 58, 377 = NJW 1982, 565 = FamRZ 1982, 136) die Regelung des § 1934 d, und damit implicite überhaupt das Institut des Erbersatzanspruchs, als verfassungsgemäß beurteilt hatte.

Weiterhin sollten auch *verfahrensrechtliche Regelungen* des NEhelG überprüft und überdacht werden, da sie zu vielen Schwierigkeiten geführt hatten (so auch BOSCH FamRZ 1980, 854).

§ 1705

Das nichteheliche Kind steht, solange es minderjährig ist, unter der elterlichen Sorge der Mutter. Die Vorschriften über die elterliche Sorge für eheliche Kinder gelten im Verhältnis zwischen dem nichtehelichen Kinde und seiner Mutter entsprechend, soweit sich nicht aus den Vorschriften dieses Titels ein anderes ergibt.

NEhelG Art 1 Nr 25; SorgeRG Art 9 § 2

Schrifttum

S Vorbem zu §§ 1705 ff, sowie GÖPPINGER, Elterliche Gewalt über nichteheliche Kinder, FamRZ 1970, 57.

Systematische Übersicht

- | | |
|---|--|
| <p>I. Entstehungsgeschichte 1</p> <p>II. Verfassungsmäßigkeit 3</p> <p>III. Rechtsstellung der Mutter</p> <ul style="list-style-type: none"> 1. Grundsätzliches 4 2. Einzelheiten 7 <ul style="list-style-type: none"> a) Personensorge 8 b) Gesetzliche Vertretung 11 c) § 1632 14 d) §§ 1666, 1666 a 15 e) Vermögenssorge 16 f) § 1685 20 g) Minderjährigkeit, Geschäftsunfähigkeit usw 21 | <p>IV. Zur Anwendung der §§ 1618 a, 1619</p> <ul style="list-style-type: none"> 1. § 1618 a 24 2. § 1619 26 <p>V. Zur Rechtsstellung des Vaters</p> <ul style="list-style-type: none"> 1. Kein Sorgerecht 27 2. §§ 1618, 1618 a, 1619, 1711 <ul style="list-style-type: none"> a) § 1618 28 b) § 1618 a 29 c) § 1619 30 d) § 1711 31 3. Zusammenfassung 32 |
|---|--|

I. Entstehungsgeschichte

1

§ 1705 aF (bis 30. 6. 1970) besagte:

„Das uneheliche Kind hat im Verhältnisse zu der Mutter und zu den Verwandten der Mutter die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes“.

Gemeint war damit die *familienrechtliche Stellung* des Kindes, dh daß es mit der Mutter und ihren Vorfahren in gerader Linie verwandt ist (§ 1589 Abs 1 S 1 der damaligen Fassung = § 1589 S 1 nF). Daher bestanden gegenseitige Unterhaltsansprüche nach Maßgabe der §§ 1601 ff, ferner Erbrechte und Pflichtteilsrechte (s Voraufll Rz 9 f). Das Kind erhielt den Familiennamen der Mutter (§ 1706 Abs 1 aF, s

dazu dort VoraufI Rz 1 ff). Zur Anwendung des § 1617 aF (jetzt § 1619), des § 1618 aF (jetzt § 1620) und zu § 11 Abs 1 S 2 der damaligen Fassung s VoraufI § 1705 aF Rz 13–16.

- 2 Durch das NEhelG wurde § 1705 neu gefaßt (s Vorbem 3, 13); zu den Materialien s Vorbem 1 zu § 1600 a; zu § 1705 s speziell Begründung des RegE, BT-Drucks V/2370, 61 ff; JANSEN-KNÖPFEL 259 ff (mit einführenden Darlegungen 249 ff); zum Bericht des Rechtsausschusses s zu Drucks V/4170, 4; zu den Grundgedanken der Neuregelung s Vorbem 21 f.

3 II. Verfassungsmäßigkeit

§ 1705 bedeutet den völligen Ausschluß des nichtehelichen Vaters von der Wahrnehmung und Ausübung des elterlichen Sorgerechts (s Vorbem 23 ff). Diese Regelung hat das BVerfG für verfassungsgemäß, dh mit Art 6 Abs 2, Art 2 Abs 1 und Art 3 Abs 2 GG vereinbar erklärt (s Vorbem 26 f, zu den Bedenken hiergegen s Vorbem 28 ff, zu rechtspolitischen Bemerkungen s noch Vorbem 45, 47 f, 53 f).

Zur Vereinbarkeit mit Art 8, 14 EMRK s Vorbem 33.

III. Rechtsstellung der Mutter

4 1. Grundsätzliches

Mit der Neuregelung des NEhelG wurde die frühere Amtsvormundschaft für das Kind (§ 1707 Abs 1 aF) beseitigt; der (volljährigen) Mutter steht grundsätzlich die elterliche Sorge zu (mit den sich aus § 1706 ergebenden Einschränkungen). Damit ist die Rechtsstellung der Mutter an die der (alleinstehenden) ehelichen Mutter angelehnt (s Vorbem 21 f). Zu dem Falle, daß die Mutter noch minderjährig ist, s Rz 21.

Die elterliche Sorge steht der Mutter mit der Geburt des nichtehelichen Kindes zu, ggf, wenn das Kind zunächst „scheinehelich“ war und die Ehelichkeit mit Erfolg angefochten worden ist, mit der Rechtskraft der diesbezüglichen Entscheidung – es sei denn, mit oder nach der Scheidung der Ehe der Mutter wäre für das Kind gemäß § 1671 Abs 5 ein Vormund oder Pfleger bestellt worden (s LG Nürnberg-Fürth DA-Vorm 1976, 592).

- 5 Für das noch *ungeborene Kind* kann die Mutter lediglich im Falle des § 1615 o Abs 1 S 2 tätig werden, nämlich zur Geltendmachung der Unterhaltsansprüche des Kindes nach der Geburt für die ersten drei Monate. Wird die Vaterschaft vor der Geburt des Kindes anerkannt (§ 1600 b Abs 2), so kann für das noch ungeborene Kind lediglich ein für diesen Zweck bestimmter Pfleger für die Leibesfrucht (§ 1912) die Zustimmung (§ 1600 c Abs 1) erteilen (s § 1600 b Rz 13, § 1600 c Rz 14).
- 6 Dazu, daß die Mutter mit dem Kinde eine *Kleinfamilie* bildet und sie damit den Schutz des Art 6 Abs 1 GG genießt, und dazu, daß ihr das *Elternrecht* iS des Art 6 Abs 2 GG zusteht, s § 1589 Rz 33 mit Hinw auf die Rechtsprechung des BVerfG.

7 2. Einzelheiten

Welche Rechte und Pflichten die Mutter als Inhaberin der elterlichen Sorge hat, ergibt sich aus der Verweisung in S 2 auf die Vorschriften über das Verhältnis zwischen der ehelichen Mutter und ihrem Kinde. Im einzelnen bedeutet dies (vgl auch GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 58) folgendes – wobei zu den hier angeführten Vorschriften noch auf die diesbezüglichen Erläuterungen zu verweisen ist –:

6. Titel. Elterliche Sorge für nichteheliche Kinder

a) Die Mutter hat das Recht und die Pflicht, in eigener Verantwortung (§ 1627) für das minderjährige Kind (dh das Kind, welches das 18. Lebensjahr [§ 2] noch nicht vollendet hat) zu sorgen (§ 1626 Abs 1 S 1). Die elterliche Sorge umfaßt die *Sorge für die Person* (Personensorge) und das *Vermögen des Kindes* (§ 1626 Abs 1 S 2). Die **Personensorge** umfaßt insbesondere das Recht und die Pflicht, das Kind zu pflegen, zu betreuen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen (§ 1631 Abs 1). Zur Personensorge der Mutter gehört auch das Recht und die Pflicht, dem Kinde einen *Vornamen* zu geben (GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 59; zum Recht der Vornamensgebung eingehend DIEDERICHSEN NJW 1981, 705; GERNHUBER StAZ 1983, 265; zum *Familiennamen* s §§ 1617 f, sowie OLG Hamburg StAZ 1983, 104).

Bei der Pflege und Erziehung des Kindes (vgl auch die Formulierung in Art 6 Abs 2 GG) soll die Mutter die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewußtem Handeln berücksichtigen (§ 1626 Abs 2 S 1) und soll mit dem Kinde, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge besprechen, wobei Einvernehmen angestrebt werden soll (§ 1626 Abs 2 S 2).

Im Zusammenhang mit § 1626 Abs 2 steht die hier ebenfalls analog anzuwendende Regelung des § 1631 a Abs 1 S 1, wonach die Mutter in Angelegenheiten der Ausbildung und des Berufs des Kindes insbesondere auf dessen Eignung und Neigung Rücksicht nehmen soll (zur *Elternpflicht* – wenn auch im Text des Abs 1 S 1 das Wort „soll“ im Gegensatz zum S 2 nicht enthalten ist – s MünchKomm-HINZ Erg zu § 1631 a Rz 10; SOERGEL-LANGE Rz 7; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1). Bestehen Zweifel über die Eignung und Neigung des Kindes, so soll die Mutter den Rat eines Lehrers oder einer anderen geeigneten Person einholen (Abs 1 S 2).

b) Die Mutter vertritt das Kind in Angelegenheiten der Personensorge (analog § 1629 Abs 1 S 1), soweit nicht der Amtspfleger (§§ 1706, 1709) oder ein Pfleger gemäß § 1708 gesetzlicher Vertreter ist.

Die Mutter ist jedoch an der gesetzlichen Vertretung verhindert (analog § 1629 Abs 2 S 1) bei Rechtsgeschäften zwischen ggf dem Ehegatten oder ihren Eltern oder einem anderen (ehelichen oder nichtehelichen) Kinde der Mutter einerseits und dem Kinde andererseits; analog § 1629 Abs 2 S 3 kann das VormG der Mutter die Vertretung bei Interessenkollision entziehen. (Da die Mutter die elterliche Sorge für das nichteheliche Kind allein ausübt, also niemals zusammen mit dem Vater, können die Vorschriften der §§ 1627, 1628, 1629 Abs 1 S 2, 3, Abs 2 S 2, Abs 3 nicht angewendet werden, da diese nur eheliche Kinder betreffen.)

Ist die Pflegschaft bezüglich der in § 1706 aufgeführten Angelegenheiten aufgehoben worden, ist die Mutter also gesetzliche Vertreterin des Kindes in diesen Angelegenheiten, und wird die Ehelicherklärung (§ 1723) oder die Adoption des Kindes (§ 1741) beantragt, so obliegt es der Mutter, die Einwilligung namens des Kindes zu erteilen (§§ 1726 Abs 1, 1729 S 1; 1746 Abs 1 S 1, 2). Die Mutter ist hierbei nicht kraft Gesetzes verhindert (zu § 1729 s dort Rz 7; zu § 1746 s die dort Erl). Bei Interessenkollision kann das VormG der Mutter aber die gesetzliche Vertretung entziehen (analog § 1629 Abs 2 S 3).

Dasselbe gilt bei einem *Namenswechsel* des Kindes (§§ 1617 Abs 2 S 1, 1618 Abs 1 S 3).

Bezüglich der religiösen Kindererziehung findet das RelKEG Anwendung: Gem § 1 RelKEG bestimmt die Mutter hierüber, dh allein.

c) Die Personensorge umfaßt auch das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es der Mutter widerrechtlich vorenthält (analog § 1632 Abs 1), zB

von dem Vater. Die Personensorge umfaßt ferner das Recht, den Umgang des Kindes mit Wirkung für und gegen Dritte zu bestimmen (analog § 1632 Abs 2). Zu dem Falle, daß das Kind in Familienpflege lebt und die Mutter das Kind von der Pflegeperson wegnehmen will, s § 1632 Abs 4 analog, dazu BayObLG ZblJugR 1983, 302, 308; zum Pflegekindverhältnis s FRIEDRICHS Jugendwohl 1984, 3; HOLZHAUER ZRP 1982, 222.

- 15 d) Wird das Kind durch mißbräuchliche Ausübung der Personensorge usw gefährdet, so finden die §§ 1666, 1666 a entsprechende Anwendung. Zum Umgangsrecht der Mutter, wenn dann das Kind anderweit untergebracht ist, und zum Ausschluß des Umgangsrechts (§ 1634) s BayObLG FamRZ 1982, 958 = Rpfleger 1982, 284.

Wird eine Ergänzungspflegschaft angeordnet (§ 1909) und das Jugendamt zum Pfleger bestellt (§ 1791 b, s auch § 45 JWG), so ist das Jugendamt damit nicht Amtspfleger iS des § 1709. Das der Mutter entzogene Sorgerecht fällt also nicht ohne weiteres dem Amtspfleger zu. Besteht Amtspflegschaft (§§ 1709, 1706) und wird der Mutter die elterliche Sorge im übrigen entzogen, so endet nun die Pflegschaft (§ 1918 Abs 1); das Jugendamt, das diese seither ausgeübt hatte, wird Amtsvormund (§ 1791 c Abs 2). War dagegen die Mutter alleinvertretungsberechtigt, dh bestand keine Amtspflegschaft, und wird ihr die elterliche Sorge insgesamt entzogen, so ist Vormundschaft anzuordnen (§§ 1773 Abs 1, 1774 S 1); in diesem Falle tritt also nicht die Amtsvormundschaft nach § 1791 c Abs 2 ein (BayObLG ZblJugR 1983, 302 = Rpfleger 1983, 200 LS).

- 16 e) Bezüglich der **Vermögenssorge** gelten die Vorschriften der §§ 1638 Abs 1, 2, 1639–1649, 1664 entsprechend.

Zu beachten ist, daß § 1706 Nr 2 nicht bedeutet, daß der Pfleger berechtigt wäre, die *Unterhaltsbeiträge*, die der Vater bezahlt, zu verwalten (s § 1706 Rz 46). Vielmehr obliegt es der Mutter, darüber zu befinden, ob zB ein Sparkonto für das Kind angelegt wird und ob und welche Beträge monatlich zurückgelegt werden, um etwa bei Bedarf größere Anschaffungen zu machen (zB für die Bekleidung des Kindes, für ein Fahrrad, für Einrichtungsgegenstände für das Zimmer des Kindes usw). Ebenso hat der Amtspfleger, wenn er Erb- oder Pflichtteilsrechte des Kindes regelt oder geregelt hat, dieses dem Kinde zugefallene Vermögen nicht zu verwalten (s § 1706 Nr 3 und dazu dort Rz 57). Vielmehr obliegt der Mutter die Verwaltung des Vermögens des Kindes (falls der Erblasser keine abweichende Bestimmung im Wege der letztwilligen Verfügung getroffen hat, s § 1638 Abs 1).

- 17 Die Mutter hat auch die **gesetzliche Vertretung** des Kindes in Angelegenheiten der Vermögenssorge inne, soweit sie nicht dem Amtspfleger zusteht.

- 18 Im Falle der Gefährdung des Kindesvermögens hat das VormG in analoger Anwendung des § 1667 die erforderlichen Maßnahmen zu treffen (Näheres s dort).

Die Vermögensverwaltung der Mutter endet analog § 1670 mit der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Mutter, in dem Falle, daß die Mutter selbst den Konkursantrag stellt, mit der Antragstellung.

- 19 Heiratet die Mutter einen anderen Mann, so hat sie dies dem VormG anzuzeigen und ein Verzeichnis des Vermögens des Kindes einzureichen (analog § 1683, Näheres s dort).

- 20 f) Auf Antrag der Mutter kann das VormG ihr analog § 1685 einen **Beistand** bestellen, zB zum Zwecke der Unterstützung in der Vermögenssorge (s noch § 1686, sowie § 1706 Rz 10). Auf Antrag kann das VormG dem Beistand zB die Vermögenssorge ganz oder teilweise übertragen (§ 1690 Abs 1); insoweit hat dieser die Rechte und Pflichten eines Pflegers (§ 1690 Abs 2). Diese Beistandschaft hat indes kaum prak-

tische Bedeutung, vor allem wohl auch, da sie wenig bekannt ist (s BEITZKE § 30 II 1; GERNHUBER § 52 II 1); s noch § 1706 Rz 52 aE zu einem Anwendungsfall.

g) Ist die **Mutter** noch **minderjährig**, so tritt mit der Geburt des Kindes Amtsvormundschaft ein (§ 1791 c Abs 1 S 1 HS 1; s auch § 41 JWG), es sei denn, daß vor der Geburt ein Einzelvormund bestellt wurde (§§ 1791 c Abs 1 S 1 HS 2, 1774 S 2). Ist die Nichtehelichkeit des Kindes später festgestellt worden (§ 1593), so tritt die Amtsvormundschaft mit der Rechtskraft der diesbezüglichen Entscheidung ein (§ 1791 c Abs 1 S 2, s auch § 41 Abs 1 S 3 iVm § 40 Abs 3 JWG). 21

Die nichteheliche Mutter übt in der Zeit ihrer Minderjährigkeit nur die tatsächliche Sorge (Betreuung) des Kindes aus (entsprechend § 1673 Abs 2); zur Vertretung des Kindes ist die Mutter nicht berechtigt (weitere Einzelheiten s dort, ferner s § 1773 Abs 1). Hat die Mutter dann die Volljährigkeit erreicht, so verwandelt sich die Amtsvormundschaft in eine Amtspflegschaft (§ 1710, Näheres s dort Rz 1 ff).

Ist die **Mutter geschäftsunfähig** oder **beschränkt geschäftsfähig** (§ 114), so ruht ihre elterliche Sorge; das Kind bedarf eines Vormunds (§ 1773). Bestand bisher die Amtspflegschaft (§§ 1706, 1709), so wird das Jugendamt Amtsvormund (§ 1791 c Abs 2; s auch § 1710 Rz 3). Bestand keine Amtspflegschaft (mehr), so hat das VormG Vormundschaft anzuordnen (§§ 1773, 1774 S 1). Ist keine andere geeignete Person vorhanden, so wird das Jugendamt zum Vormund bestellt (§ 1791 b Abs 1 S 1, Abs 2, so auch § 45 JWG; vgl noch oben Rz 15). Der beschränkt geschäftsfähigen Mutter steht nur die tatsächliche Personensorge zu (§ 1673 Abs 2 S 2, 3). 22

Stirbt die Mutter und bestand die Amtspflegschaft noch, so wird das Jugendamt ebenfalls Amtsvormund (§ 1791 c Abs 2, § 41 Abs 2 JWG). Bestand die Amtspflegschaft nicht mehr, so ist Vormundschaft anzuordnen (§§ 1773, 1774 S 1; s auch Rz 22). 23

IV. Zur Anwendung der §§ 1618 a, 1619

1. Zu § 1618 a 24

Die Vorschrift, die an das schweizerische Recht, Art 272 ZGB, angelehnt ist (s JAYME FamRZ 1981, 221, 225, sowie auch HEGNAUER ZblJugR 1980, 685), geht auf einen Vorschlag des Rechtsausschusses des Bundestags zurück (BT-Drucks 8/2788, 43); dort wird gesagt: Die Vorschrift sei nicht auf das Verhältnis zwischen Eltern und ehelichen Kindern beschränkt und auch nicht auf das Verhältnis zwischen Eltern und minderjährigen Kindern und setze ferner nicht voraus, wie sich aus einem Vergleich mit § 1619 ergebe, daß Eltern und Kinder noch in derselben Hausgemeinschaft wohnen; in seiner Allgemeinheit werde dieses Leitbild auf alle Eltern-Kind-Beziehungen anwendbar.

Nach ihrer Stellung im Gesetz und ihrem weit gefaßten Wortlaut betrifft diese Vorschrift fraglos das Verhältnis zwischen Mutter und nichtehelichem Kinde, gleichgültig, ob dieses sich in ihrem Haushalt befindet oder nicht und ob es minderjährig oder volljährig ist. So ist sie auch anzuwenden, wenn das Kind für ehelich erklärt ist und die Mutter zB nur noch ein Umgangsrecht (§ 1634) hat (s zu letzterem § 1738 Rz 8), dagegen nicht mehr, wenn das Eltern-Kind-Verhältnis durch eine Adoption des Kindes zerschnitten wurde. 25

2. Zu § 1619 26

Die Vorschrift setzt voraus, daß das nichteheliche Kind dem Hausstand der Mutter angehört und von ihrer erzogen oder unterhalten wird, dh daß das Kind hier seinen

Lebensmittelpunkt hat und die Mutter die elterliche Sorge innehat oder das Kind, zB das volljährige Kind, unterhält, insbesondere ihm Naturalunterhalt gewährt (Unterkunft und Verpflegung).

V. Zur Rechtsstellung des Vaters

- 27 1.** Wie erwähnt (s Rz 3 mwH), steht dem Vater kein Sorgerecht zu und kann ihm die elterliche Sorge nicht übertragen werden. Er kann das Sorgerecht nur erlangen, wenn er die Ehelicherklärung oder Adoption des Kindes erwirken kann (s Vorbem 23 aE, 45 ff) oder wenn er sich mit der Mutter des Kindes verheiratet (§ 1719). Ferner kann er zum Vormund bestellt werden (s Vorbem 28) – auch auf Benennung durch die Mutter (§§ 1776 Abs 1, 1777 Abs 1, 3) – oder zum Pfleger (§§ 1915, 1916) – s auch Vorbem 28 –.
- 2. §§ 1618, 1618 a, 1619, 1711**
- 28 a)** Gemäß § 1618 Abs 1 S 1 kann der Vater dem Kinde seinen Familiennamen erteilen (s Vorbem 30); Näheres zu dieser Vorschrift s dort, zu Reformfragen s schon Vorbem 9.
- 29 b)** § 1618 a ist auch auf das Verhältnis zwischen dem Vater und seinem nichtehelichen Kinde anzuwenden (s allgemein oben Rz 24), jedenfalls dann, wenn sich das Kind im väterlichen Haushalt befindet – was wohl unbestritten ist –. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift, die auch weit auszulegen ist, kann jedoch die Hausgemeinschaft nicht Voraussetzung ihrer Anwendung sein. Beistand und Rücksicht sind der Vater und sein nichteheliches Kind einander auch schuldig, wenn der Vater zB das Umgangsrecht gemäß § 1711 ausübt oder wenn nur ein loser Kontakt zwischen beiden besteht, ja wenn der Vater lediglich seiner Unterhaltspflicht nachkommt. Richtigerweise ist § 1618 a darüber hinaus in allen Lebenslagen anzuwenden, wenn die Möglichkeit besteht, daß der Vater dem Kinde oder das (insbesondere volljährige) Kind dem Vater Beistand leistet, etwa bei der Berufsausbildung oder einer Beschäftigung oder Umschulung.
- 30 c)** Ebenso findet § 1619 im Verhältnis zwischen dem Vater und seinem nichtehelichen Kinde Anwendung, wenn das Kind seinem Hausstand angehört und von ihm unterhalten wird (s auch Rz 26).
- 31 d)** Dem Vater steht nur ein eingeschränktes Umgangsrecht zu (s § 1711, Näheres dort, sowie Vorbem 34 ff zu § 1705).

32 3. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich aus den obigen Betrachtungen, wie unbefriedigend und widerspruchsvoll der ausnahmslose Ausschluß des nichtehelichen Vaters von einem Sorgerecht für das Kind ist, was gerade auch durch die auf dem SorgeRG beruhende Vorschrift des § 1618 a deutlich geworden ist (s auch Vorbem 53 f zu § 1705). Die Problematik und Bedeutung dieser Vorschrift, ihr Zusammenhang mit den Vorschriften über die Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters sind freilich nicht ausreichend erkannt worden. Insgesamt ist der Vater in unangemessener Weise benachteiligt.

6. Titel. Elterliche Sorge für nichteheliche Kinder

§ 1706

Das Kind erhält, sofern es nicht eines Vormunds bedarf, für die Wahrnehmung der folgenden Angelegenheiten einen Pfleger:

1. für die Feststellung der Vaterschaft und alle sonstigen Angelegenheiten, die die Feststellung oder Änderung des Eltern-Kindes-Verhältnisses oder des Familiennamens des Kindes betreffen,
2. für die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen einschließlich der Ansprüche auf eine an Stelle des Unterhalts zu gewährende Abfindung sowie die Verfügung über diese Ansprüche; ist das Kind bei einem Dritten entgeltlich in Pflege, so ist der Pfleger berechtigt, aus dem vom Unterhaltspflichtigen Geleisteten den Dritten zu befriedigen,
3. die Regelung von Erb- und Pflichtteilsrechten, die dem Kind im Falle des Todes des Vaters und seiner Verwandten zustehen.

NEheLG Art 1 Nr 25

Schrifttum

BOSCH, Erbrechtliche Probleme des „Nichtehelichengesetzes“, FamRZ 1972, 169 (insbes 175 ff); BRÜGGEMANN, Probleme des § 2338 a BGB, FamRZ 1975, 309; DAMRAU, Der Ausstattungsanspruch des nichtehelichen Kindes, FamRZ 1969, 129; ders, Erbersatzanspruch und Erbausgleich, FamRZ 1969, 579; GÖPPINGER, Elterliche Gewalt über nichteheliche Kinder, FamRZ 1970, 57; weitere Lit s Vorbem zu § 1705.

Systematische Übersicht

- | | |
|--|--|
| I. Entstehungsgeschichte, Grundsätzliches, Verfassungsmäßigkeit <ol style="list-style-type: none"> 1. Zur Entstehungsgeschichte 1 2. Grundsätzliches 2 3. Verfassungsmäßigkeit, Art 8, 14 EMRK 4 | stellung oder Änderung des Eltern-Kind-Verhältnisses 37
e) Feststellung oder Änderung des Familiennamens 42 |
| II. Stellung des Pflegers, Verhältnis Pfleger – Mutter <ol style="list-style-type: none"> 1. Stellung des Pflegers <ol style="list-style-type: none"> a) Allgemeines 6 b) Aufgaben Nr 1–3, Grundsätzliches 9 2. Verhältnis Pfleger – Mutter 11 | 2. Nr 2 (Unterhaltsansprüche des Kindes) <ol style="list-style-type: none"> a) Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs des Kindes gegen den Vater 43 b) Verfügung über die Unterhaltsansprüche 46 c) Rückstände, Prozeßstandschaft, Rückübertragung 48 d) Unterhaltsansprüche des Kindes gegen die Mutter oder mütterliche Verwandte 50 e) Rentenansprüche des Kindes? 52 f) Ansprüche gegen das Kind? 53 |
| III. Die Aufgaben des Pflegers im einzelnen <ol style="list-style-type: none"> 1. Nr 1 (Feststellung der Vaterschaft ua) <ol style="list-style-type: none"> a) Feststellung der Vaterschaft, Frist des § 1934 c 13 b) Weitere entsprechende Verfahren 34 c) Prozeßkostenhilfe 36 d) Sonstige Angelegenheiten betr Fest- | 3. Nr 3 (Erb- und Pflichtteilsansprüche des Kindes) 54 |

IV. Beendigung der Pflegschaft 59

Alphabetische Übersicht

- | | |
|--|-----------------------------|
| Adoption 40, 42, 60 | Beistand 10, 52 |
| Amtspfleger 2, 36, 40 | BVerfG 33 |
| Amtsvormundschaft 40 | |
| Anerkennung der Vaterschaft 12 f, 19, 28, 32 | Ehelicherklärung 39, 42, 59 |
| | EMRK 5 |

Erbaugleich 33, 58
 Erbrechtliche Ansprüche 16 f, 54 ff
 Ergänzungspfleger 9

 Familienname 42
 Feststellung Eltern-Kind-Verhältnis 37
 Feststellung der Vaterschaft 3, 13 ff, 34 f
 Feststellungsklage 16 ff
 – Frist (§ 1934 c) 17 ff
 – Streitverkündung 18

GG Art 2 Abs 1 4
 – Art 6 Abs 2 4
 – Art 6 Abs 5 4, 32

Heim (Kind in –) 47

Jugendamt, Amtspfleger 2, 36, 40
 – Beratung 8

Kindergeld 45

Legitimation des Kindes 38, 42, 60

Mutterschaft (Feststellung) 41

Pflegekindverhältnis 47
 Pfleger, Aufgaben 9, 13 ff, 34 ff, 37 ff, 42 ff,
 46 ff, 54 ff
 – Ermittlungen betr Vaterschaft 14

– Gesetzlicher Vertreter (Feststellung der
 Vaterschaft) 13 ff
 – Selbständige Stellung 11
 – Verhältnis zur Mutter des Kindes 11 f
 – Weisungen an Mutter? 11, 51
 – Weisungen der Mutter? 11, 44
 Pfleger für Leibesfrucht 7 f
 Pflegerschaft, Beendigung 59 f
 Prozeßkostenhilfe 36
 Prozeßstandschaft 48

Rentenansprüche des Kindes 52

Schadensersatzansprüche des Kindes 52
 „Scheineheliches“ Kind 29
 Sparkonto 46
 Streitverkündung 18

Unterhaltsansprüche des Kindes, Auszahlung
 46 f
 – gegen Mutter 50 f
 – Rückübertragung 49
 – Übergang (§ 1615 b) 48 f
 – gegen Vater 43 ff
 – Verfügung über – 46 f
 Unterhaltsansprüche gegen Kind? 53

Vaterschaftsfeststellung s Feststellung
 Verfassungsmäßigkeit 4
 Vermögensverwaltung 46, 57

Wohl des Kindes 3

I. Entstehungsgeschichte, Grundsätzliches, Verfassungsmäßigkeit

1 1. Entstehungsgeschichte

Die Vorschrift beruht auf den Vorschlägen des Vermittlungsausschusses des Bundestags (s dazu Vorbem 14 f zu § 1705; zu den Materialien zum NEhelG s Vorbem 1 zu § 1600 a).

2 2. Grundsätzliches

§ 1706 hängt mit der Vorschrift des § 1705 zusammen und enthält angesichts der Besonderheiten der Aufgaben des gesetzlichen Vertreters des Kindes eine Einschränkung der Rechtsstellung der Mutter, in der Erwägung, daß die Mutter in der Regel der Bewältigung der in § 1706 geregelten Angelegenheiten nicht gewachsen ist (s auch Vorbem 22) und insoweit einer Unterstützung bedarf, die eben durch einen Pfleger, regelmäßig den Amtspfleger – das Jugendamt (§ 1709) – vorgenommen werden soll. (Unter den Voraussetzungen des § 1707 S 1 Nr 1, S 2 tritt die Pflegerschaft nicht ein; gemäß § 1708 kann das VormG einen anderen Pfleger bestellen, womit die Amtspflegschaft nicht eintritt.)

3 Die nichteheliche Mutter befindet sich in den Hinsichten, welche die Angelegenheiten der Nr 1–3, insbesondere den schwierigen Komplex der Vaterschaftsfeststellung (Nr. 1) betreffen, in einer anderen Situation als eine geschiedene oder getrennt lebende eheliche Mutter (auch wenn die eheliche Mutter nach der Scheidung der

Ehe zB das Kind in dem die Anfechtung der Ehelichkeit betreffenden Rechtsstreit vertritt, s dazu § 1597 Rz 4). Die Regelungen des § 1706 dienen nicht nur der Unterstützung der Mutter, sondern auch und in erster Linie dem Wohle des Kindes, dabei ggf der Vermeidung einer Interessenkollision zwischen Mutter und Kind (s noch Vorbem 22).

3. Verfassungsmäßigkeit, Art 8, 14 EMRK

4

Im Hinblick auf die dargelegte Bedeutung und den Sinn und Zweck der Vorschrift liegt ein Verstoß gegen *Art 2 Abs 1*, *Art 6 Abs 2*, 5 GG nicht vor (vgl HOLZHAUER FamRZ 1982, 109, 114; OLG Bremen OLGZ 1977, 281 = FamRZ 1977, 149 – das die Verfassungsmäßigkeit zu Unrecht jedoch lediglich unter dem Gesichtspunkt des Art 6 Abs 5 geprüft hat, was HOLZHAUER Fn 46 zutreffend kritisiert –). Vor allem ist die Einschränkung der elterlichen Sorge der Mutter durch Art 6 Abs 2 GG gedeckt (so auch HOLZHAUER aaO).

Weiterhin ist ein Verstoß gegen *Art 8, 14 EMRK* nicht gegeben (s STURM, FamRZ 1982, 1150, 1156; aber auch JAYME NJW 1979, 2425, 2427 f). Vielmehr ist anzunehmen, daß die Amtspflegschaft durch Art 8 Abs 2 gedeckt ist (STURM aaO).

II. Stellung des Pflegers, Verhältnis Pfleger – Mutter

1. Stellung des Pflegers

6

a) Die Pflegschaft wird mit der Geburt des Kindes erforderlich (arg §§ 1707 S 1 Nr 1, 1708, 1709); ist keine Anordnung gemäß § 1707 S 1 Nr 1 oder § 1708 ergangen, so tritt Amtspflegschaft (§ 1709) ein. Zur Amtsvormundschaft s § 1705 Rz 21 f und § 1710 Rz 4.

Vor der Geburt des Kindes kann der Pfleger für das Kind nicht tätig werden, zB 7 wenn die Vaterschaft anerkannt wurde; vielmehr kann hier nur ein Pfleger für das ungeborene Kind (§ 1912) die Zustimmung (§ 1600 c Abs 1) erteilen (s dazu § 1600 b Rz 13, § 1600 c Rz 14; vgl auch zur Abgrenzung der Tätigkeit der Pfleger Bay-ObLGZ 1983, 67 = FamRZ 1983, 949 = Rpfleger 1983, 275).

Davon zu unterscheiden ist die Tätigkeit des Jugendamtes gemäß § 52 JWG. Nach 8 dieser Vorschrift hat das Jugendamt eine werdende Mutter mit ihrem Einverständnis zu beraten und zu unterstützen . . . (Abs 1) und im Einverständnis mit der Mutter die Feststellung der Vaterschaft durch Ermittlungen (dh insbesondere durch und nach Befragung der Mutter über den als Vater in Betracht kommenden Mann) und sonstige Maßnahmen vorzubereiten (Abs 2 S 1) – es sei denn, daß ein Pfleger gemäß § 1912 bestellt oder eine Anordnung gemäß § 1708 getroffen wurde (Abs 2 S 2) –.

b) Dem Pfleger (§ 1706) obliegen nur die in Nr 1–3 erwähnten Aufgaben und Pflichten. Nur durch eine besondere Anordnung können ihm als Ergänzungspfleger (§ 1909) weitere Aufgaben zugeteilt werden (vgl zB KG NJW 1971, 944); ergeht eine solche Anordnung, so ist er insoweit also nicht Amtspfleger iS des § 1706 (was insofern von Bedeutung werden kann, als für eine Aufhebung oder Beschränkung der Ergänzungspflegschaft nicht § 1707 S 1 Nr 2, 3 anzuwenden ist, sondern § 1918 Abs 3 oder § 1919).

Neben der Amtspflegschaft kann aber auf Antrag der Mutter ein Beistand bestellt 10 werden (§§ 1685, 1690), zB für die Geltendmachung von Rentenansprüchen (vgl KG aaO).

11 2. Verhältnis Pfleger – Mutter

Der Pfleger übt seine Tätigkeit (Nr 1–3) in eigener Verantwortung aus (vgl § 1630 Abs 1). Die Mutter ist nicht befugt, dem Pfleger Weisungen zu erteilen (s zB zur Geltendmachung der Unterhaltsansprüche des Kindes LG Köln DAVorm 1977, 199, dazu unten Rz 44). Umgekehrt ist aber auch der Pfleger nicht berechtigt, der Mutter des Kindes Weisungen zu erteilen (vgl BayObLGZ 1980, 87, 94 f = FamRZ 1980, 828, 830 = Rpfleger 1980, 281 = ZblJugR 1980, 741, 746, s auch unten Rz 46 aE).

- 12** Freilich hat der Pfleger mit der Mutter regelmäßige Föhlung zu nehmen, sie zu hören und auch über seine Tätigkeit in geeigneter Weise zu informieren (s auch LANGE NJW 1970, 297, 303; MünchKomm-HINZ § 1706 Rz 6; SOERGEL-ROTH-STIELOW § 1706 Rz 11), zB über den Stand des die Feststellung der Vaterschaft betreffenden Verfahrens oder die Anerkennung der Vaterschaft (s dazu auch unten Rz 13, § 1600 c Rz 7 sowie § 1600 e Rz 15 Abs 3). In dem RegE (BT-Drucks V/2370) sowie in den Beschlüssen des Rechtsausschusses des BT (BT-Drucks V/4179) war in der entsprechenden Vorschrift des § 1710 Abs 3 S 2 noch die Regelung enthalten, der Beistand solle in diesen Angelegenheiten mit der Mutter Föhlung nehmen (dazu BR-Drucks 271/69) – der Vermittlungsausschuß hat dann in der Neufassung der §§ 1706–1710 (s Vorbem 14 zu § 1705) die erwähnte Regelung nicht übernommen, was der BT und der BR gebilligt haben (s Vorbem 17 zu § 1705) –.

III. Die Aufgaben des Pflegers im einzelnen**13 1. Nr 1 (Feststellung der Vaterschaft ua)**

a) Die wichtigste Aufgabe des Pflegers (s auch Vorbem 22 zu § 1705), die besonders schwierig ist oder sein kann und besondere Sachkunde erfordert (s auch oben Rz 2, 3), ist die **Feststellung der Vaterschaft** zum Kinde, dh die *gesetzliche Vertretung des Kindes*, wenn ein Mann die Vaterschaft anerkannt hat, bei der dazu erforderlichen Zustimmung des Kindes (§§ 1600 a, 1600 c Abs 1, 1600 d Abs 2, 1600 e Abs 1 S 1) – s hierzu § 1600 c Rz 7 –, oder wenn das Kind auf Feststellung der Vaterschaft (§ 1600 n Abs 1) klagt (s dazu § 1600 n Rz 9), ferner bei negativen Feststellungsklagen (s § 1600 n Rz 18). Zur Föhlungnahme hierbei mit der Mutter des Kindes s oben Rz 12. Zur Vaterschaftsanerkennung bei Zweifeln über die Geschäftsfähigkeit des Anerkennenden s DAVorm 1983, 935.

- 14** Der Amtspfleger ist, wenn die Mutter etwa keine Angaben über den möglichen Vater macht oder machen will (s auch § 1707 Rz 23 ff), berechtigt und, soweit es ihm zugemutet werden kann, verpflichtet, Ermittlungen anzustellen, um Anhaltspunkte für die Feststellung der Vaterschaft zu gewinnen (vgl dazu OLG Karlsruhe FamRZ 1972, 95; BayObLGZ 1972, 196, 199 = FamRZ 1972, 521, 523; LG Berlin DAVorm 1972, 137), zB wenn ein konkreter Sachverhalt die Feststellung der Vaterschaft wahrscheinlich macht, etwa wenn dem Jugendamt schriftliche Äußerungen von dritter Seite zugehen. Der Amtspfleger braucht aber nicht auf bloßen Verdacht hin ungezielte Befragungen oder Ermittlungen anzustellen (vgl MünchKomm-HINZ Rz 6; SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 18); auch kann von ihm nicht verlangt werden, in einer die Mutter diskriminierenden Weise auf bloßen Verdacht Untersuchungen vorzunehmen (LG Berlin aaO; vgl noch LG Köln FamRZ 1963, 55, 56 mit dem Hinweis, die Ermittlung des Vaters könnte nur rein zufällig erfolgen). Als zu eng ist aber die Auffassung von GERNHUBER (§ 58 III 5) abzulehnen, der Amtspfleger (das Jugendamt) habe lediglich das Tatsachenmaterial auszuwerten, das ihm von der Mutter des Kindes (nicht von Dritten) gegeben worden sei (iE ebenso wie GERNHU-

BER SIMITIS StAZ 1970, 255, 262; v WEBER ZblJugR 1973, 346; ZENZ StAZ 1974, 314, 319; zur Aufhebung oder Beschränkung der Pflegschaft s § 1707 Rz 25).

Das VormG darf dem Pfleger nicht aufgeben, in vierteljährigen Abständen über den Erfolg etwaiger Ermittlungen zu berichten; vielmehr kommen nur Berichte in üblichen Zeitabständen von einem Jahr in Betracht (§§ 1840, 1915; s LG Berlin aaO).

Der Amtspfleger hat die Regelung des § 1934 c hinsichtlich der Erbberechtigung des Kindes nach dem Tode des Vaters (die ja die Feststellung der Vaterschaft voraussetzt, s § 1600 a Rz 46 f) zu beachten und zu berücksichtigen. Deshalb empfiehlt es sich, die Feststellungsklage (§ 1600 n Abs 1) – wenn der mutmaßliche Vater die Vaterschaft nicht anerkennt – so bald wie möglich anhängig zu machen, um erbrechtliche Ansprüche des Kindes nach dem Tode des Vaters, ggf nach dem Tode der Eltern des Vaters (§ 1934 c Abs 1 S 1, Abs 2) sicherzustellen.

Ist die Feststellungsklage (§ 1600 n Abs 1), deren Erhebung an sich nicht befristet ist (s § 1600 n Rz 3, sowie auch Rz 5), erhoben, dh zugestellt (§§ 253 Abs 1, 261 Abs 1 ZPO), so sind damit die erbrechtlichen Ansprüche gesichert, vorausgesetzt natürlich, daß die Vaterschaft festgestellt wird. „Anhängig“ iS des § 1934 c Abs 1 S 1 ist iS von „rechtshängig“ zu verstehen (s WERNER in dies Komm Rz 6; PALANDT-EDENHOFER Anm 2 b; anders SOERGEL-STEIN Rz 7; ERMAN-SCHLÜTER Rz 4; BRÜGGEMANN FS Beitzke 373, 375 f); denn der Sinn der Regelung des § 1934 c ist, daß der Mann von dem Begehren des Kindes auf Feststellung der Vaterschaft soll Kenntnis erlangen können und in der Lage sein soll, zu testieren, zB das Kind auf den Pflichtteil zu setzen. Das Alter des Kindes im Zeitpunkt der Erhebung der Feststellungsklage ist hier unerheblich.

Doch ist der Begriff „anhängig“ insofern weit auszulegen, als auch die **Streitverkündung** (§ 641 b ZPO) einzubeziehen ist: Wird die Feststellungsklage abgewiesen, da die Vaterschaft des Beklagten nicht festgestellt werden konnte (§ 1600 o), und war dem wirklichen Vater, der dann später auch als solcher festgestellt wurde, der Streit verkündet worden, so muß diese Streitverkündung nach dem Sinn und Zweck der Regelung des § 1934 c Abs 1 S 1 – da hier der Mann von seiner potentiellen Vaterschaft Kenntnis erlangt hat – als für die Voraussetzung der „Anhängigkeit“ iS des Abs 1 S 1, aber ggf auch für die Voraussetzung der Antragstellung iS des Abs 1 S 2 ausreichend beurteilt werden (ebenso MünchKomm-LEIPOLD § 1934 c Rz 9; SOERGEL-STEIN § 1934 c Rz 5 aE; anders BRÜGGEMANN aaO 387 f und 393 m Fn 57, der die Auffassung vertritt [Fn 57], im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren könnte das Feststellungsbegehren gegen zwei verstorbene Männer geltend gemacht werden, zB wenn zwei Freunde mit der Mutter des Kindes unmittelbar nacheinander verkehrt hatten und bei einem Verkehrsunfall ums Leben gekommen sind; BRÜGGEMANN beachtet hier nicht, daß dieses vormundschaftsgerichtliche Verfahren ein echtes Streitverfahren ist, in dem ein Feststellungsantrag [Verfahrensantrag und Sachantrag] zu stellen ist [s § 1600 n Rz 50, 52]; hier ist die Rechtslage insofern nicht anders als im Zivilprozeß, in dem nicht gegen mehrere Männer gleichzeitig Feststellungsklage erhoben werden kann – s § 1600 n Rz 23, sowie auch BRÜGGEMANN aaO 388–).

Hatte der Mann vor seinem Tode die Vaterschaft **anerkannt** und hat dann nach dessen Tod der gesetzliche Vertreter des Kindes innerhalb der Frist des § 1600 e Abs 3 die Zustimmung erteilt (s § 1600 c Rz 11 sowie auch § 1600 e Rz 21), so ist dieser Fall dem in § 1934 c Abs 1 S 1 (und Abs 2) geregelten gleichzuachten (ebenso ERMAN-SCHLÜTER Rz 3).

Ist der **Vater gestorben**, bevor das **Kind sechs Monate alt** war, so genügt es, wenn der Antrag auf Feststellung der Vaterschaft (§ 1600 n Abs 2) binnen sechs Monaten gestellt wird (§ 1934 c Abs 1 S 2).

21 Diese Regelung hat folgende Konsequenzen:

Überschreitet das Kind das Alter von sechs Monaten und stirbt der Mann vor Rechtshängigkeit der Feststellungsklage (§ 1600 n Abs 1) – § 270 Abs 3 ZPO ist hier nicht anzuwenden –, so ist das Erbrecht des Kindes erloschen! Dies gilt zB auch, wenn dem Pfleger (§ 1706 Nr 1) der Name des mutmaßlichen Vaters nicht bekannt ist oder wenn der Pfleger mit dem mutmaßlichen Vater wegen der Anerkennung der Vaterschaft und der Verpflichtung des Vaters zur Zahlung des Regelunterhalts in Verhandlungen steht, vor Vollendung des 6. Lebensmonats des Kindes die Beurkundung der Anerkennung aber nicht mehr zustandekommt und der Vater tödlich verunglückt. So steht der Pfleger in den Fällen, in denen das Kind knapp sechs Monate alt ist, vor der schwierigen Frage, ob er zur Sicherheit noch Feststellungsklage einreichen soll (s zum Feststellungsinteresse auch nach Erlöschen des Erbrechts § 1600 n Rz 51).

- 22 Ist der Vater einige Tage, bevor das Kind den sechsten Lebensmonat vollendet hat, gestorben, so läuft vom Zeitpunkt des Todes des Mannes eine 6-Monats-Frist, innerhalb welcher der Antrag beim VormG zu stellen ist. Die Frist läuft indes, ohne daß es darauf ankommt, ob und wann der Pfleger von dem Tode des Mannes erfährt, und auch ohne Rücksicht darauf, ob der Mann vor seinem Tode von der Existenz des Kindes und von seiner (mutmaßlichen) Vaterschaft erfahren hat.
- 23 Die 6-monatige Antragsfrist gilt übrigens nicht, dh § 1934 c Abs 1 S 2 ist nicht analog anzuwenden, wenn zunächst Feststellungsklage erhoben war, der Rechtsstreit sich durch den Tod des Mannes in der Hauptsache erledigt hat (§§ 640 Abs 1, 619 ZPO, s dazu § 1600 n Rz 38) und dann der Antrag gemäß § 1600 n Abs 2 gestellt wird (s WERNER in dies Komm § 1934 c Rz 10; SOERGEL-STEIN § 1934 c Rz 12; LUTTER, Erbrecht 27; BRÜGGEMANN 376 f; anders PALANDT-EDENHOFER § 1934 c Anm 2 c). Hier kommt es nicht darauf an, in welchem Alter das Kind im Zeitpunkt der Beendigung des Rechtsstreits steht, ob es jünger oder älter als 6 Monate alt ist (wie es ja auch nicht auf das Alter des Kindes bei Erhebung der Feststellungsklage ankommt, s Rz 17).
- 24 Ist das Kind **nach dem Tode des Mannes geboren**, so genügt es nach § 1934 c Abs 1 S 2, wenn der Feststellungsantrag (§ 1600 n Abs 2) binnen sechs Monaten nach der Geburt des Kindes gestellt wird. Diese Frist läuft, auch wenn der Pfleger (§ 1706 Nr 1) den Namen des mutmaßlichen Vaters des Kindes nicht vor dem Ende der Frist erfährt oder wenn er von dem Tode des Mannes keine Kenntnis erlangt, zB wenn das Kind wenige Tage nach dem Tode des Mannes geboren ist. Wird der Antrag nicht vor Ablauf der Frist gestellt, so ist jeder erbrechtliche Anspruch des Kindes erloschen.
- 25 Nach § 1934 c Abs 2 iVm Abs 1 S 1 ist im Falle des **Tode eines Verwandten des Vaters** eine Erbberechtigung des Kindes nur gegeben, wenn *im Zeitpunkt des Todes des Verwandten* die Feststellungsklage rechtshängig oder der Feststellungsantrag beim VormG anhängig ist, zB wenn der mutmaßliche Vater des Kindes, Beklagter, und kurz danach ein Elternteil des Vaters stirbt – auch wenn der Zeitpunkt des Todes des Verwandten in dem »Zwischenstadium« nach Erledigung des Rechtsstreits vor Stellung des Antrags beim VormG (s Rz 23) liegt – oder wenn nach Erhebung der Feststellungsklage der (begüterte) Verwandte des (verschuldeten) Vaters gestorben ist und dieser die Erbschaft ausschlägt oder wenn der Vater gestorben ist, der Feststellungsantrag gemäß Abs 1 S 2 gestellt wird und danach der Verwandte des Vaters stirbt. Nach dem Tode des Verwandten ist Abs 1 S 2 aber nicht anzuwenden.
- 26 War der (mittellose) Vater gestorben und kurz danach der (begüterte) Elternteil des Vaters, bevor ein Feststellungsverfahren bei Gericht rechtshängig bzw anhängig

war, so steht dem Kinde nach dem Tode des Verwandten kein Erbrecht zu (Beispiel von BRÜGGEMANN 385; s ferner LUTTER 27).

27 Stirbt ein Verwandter des Vaters nach diesem, aber vor der Geburt des Kindes oder innerhalb von 6 Monaten nach der Geburt des Kindes vor Anhängigkeit des Feststellungsantrags, so steht dem Kinde ebenfalls kein Erbrecht nach dem Tode des Verwandten des Vaters zu.

28 Hatte der Vater jedoch die **Vaterschaft** vor dem Tode seines Verwandten und vor der Geburt des Kindes **anerkannt** (vgl § 1600 b Abs 2) und war auch die Zustimmung vor der Geburt erteilt worden (§ 1600 c Abs 1, s dort Rz 14 sowie § 1600 b Rz 13), so muß in diesem Falle die Erbberechtigung des Kindes bejaht werden, auch wenn der Verwandte des Vaters vor der Geburt des Kindes gestorben ist (vgl § 1923 Abs 2); in diesem Falle ist das Kind insoweit dem ehelichen Kinde gleichzustellen (Art 6 Abs 5 GG), so daß dem Kinde zumindest der Erbersatzanspruch (§ 1934 a Abs 1) zusteht.

29 Besondere Probleme entstehen, wenn das Kind zunächst „scheinehelich“ war und später die Nichtehelichkeit festgestellt wird (§ 1593). Hier muß angenommen werden, daß die Fristen des § 1934 c Abs 1 S 2 analog § 203 Abs 2 gehemmt sind (s § 1600 n Rz 5; anders BRÜGGEMANN 391, der wohl mit berechtigter Kritik hervorhebt, daß diese Vorschrift nicht ausdrücklich für entsprechend anwendbar erklärt ist).

30 Die Problematik der Regelungen des § 1934 c war im Gesetzgebungsverfahren nicht genügend erkannt worden. In der Begründung des RegE (BT-Drucks V/2370, 97; JANSEN-KNÖPFEL 445) ist zu den Fristen nur gesagt: Es müsse vermieden werden, daß der gesetzliche Vertreter des Kindes gezwungen sei, sofort nach der Geburt und ohne Rücksicht auf eine vielleicht bestehende Bereitschaft zur Anerkennung eine Feststellungsklage zu erheben, nur um mögliche Nachteile im Falle eines vorzeitigen Todes des Vaters auszuschließen. Es erscheine angemessen, einen nachträglichen Antrag auf Feststellung der Vaterschaft noch zuzulassen, wenn das Kind innerhalb von 6 Monaten vor dem Erbfall geboren sei. Die Frist, innerhalb der der Antrag gestellt werden müsse, solle ebenfalls 6 Monate betragen; . . . dadurch bleibe dem gesetzlichen Vertreter ausreichend Zeit, um die für den Antrag notwendigen Ermittlungen anzustellen.

31 Schon 1968 hatte LUTTER (NJW 1968, 1801, 1804) zum RegE Kritik an dem in § 1934 c Abs 1 S 2 festgelegten Höchstalter von 6 Monaten geübt; später hob er die „sehr rigorose Frist des § 1934 c Abs 1 S 2“ hervor (Erbrecht 27). Auch BOSCH (FamRZ 1972, 169, 175 f) wies auf die Problematik dieser Regelungen hin; näher befaßte sich damit BRÜGGEMANN (FS Beitzke [1979] 373).

32 Erwägt man die dargelegten Fallkonstellationen (Rz 17–29), insbesondere daß, wenn das Kind beim Tode des Vaters noch nicht ganz 6 Monate alt ist, der Antrag noch innerhalb von 6 Monaten gestellt werden kann, wenn das Kind aber im Zeitpunkt des Todes des Vaters älter als 6 Monate alt ist und noch kein Feststellungsantrag anhängig ist, das Erbrecht erloschen ist, erwägt man ferner, daß wenn etwa der Vater einige Tage nach der Zeugung gestorben, zB tödlich verunglückt ist, insgesamt (fast) 15 Monate (9 Monate Schwangerschaft der Mutter + 6 Monate Antragsfrist) bis zur Antragstellung nach dem Erbfall vergehen können – zum Vergleich: wird ein eheliches Kind erst oder knapp 9 Monate nach dem Tode des Vaters geboren (s dazu § 1923 Abs 2), so ist die Auseinandersetzung des Nachlasses des Vaters, soweit die Erbteile wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben noch unbestimmt sind, bis zur Hebung der Unbestimmtheit ausgeschlossen (§ 2043 Abs 1) – und berücksichtigt man weiterhin, daß, wenn der Mann die Vaterschaft anerkannt hat und danach gestorben ist, ohne die Anerkennung angefochten zu haben, seine Eltern noch innerhalb eines Jahres die Anerkennung anfechten können (§§ 1600 g Abs 2, 1600 h Abs 1, 3), das Kind also unter stärkerem Fristdruck steht als die Eltern des Mannes bei einer Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung (s BRÜGGEMANN

- 391), so wird deutlich, daß die Festlegung der Altersgrenze von 6 Monaten und die 6-Monatsfrist eine so grobe Benachteiligung des Kindes, eine so ungerechte Regelung darstellen, daß sie nicht mehr als mit **Art 6 Abs 5 GG** vereinbar beurteilt werden können (ebenso BRÜGGEMANN 393 ff), wobei auch zu beachten ist, daß die Altersgrenze und die 6-Monatsfrist unabhängig von der Kenntnis vom Erbfall sind (vgl aber andererseits §§ 1944, 2082, 2332).
- 33 Das BVerfG (E 58, 377 = NJW 1982, 565 = FamRZ 1982, 136) hat zwar § 1934 d für verfassungsgemäß erachtet, damit implicite auch den Erbersatzanspruch als solchen, zur Problematik des § 1934 c aber keine Stellung genommen, da diese nicht Gegenstand der Entscheidung war.
- 34 b) Der Begriff der „*Feststellung der Vaterschaft*“ ist hier weit auszulegen. Hierunter fällt auch die gesetzliche Vertretung des Kindes in den Verfahren betr die Anfechtung der Anerkennung in der Rolle des Beklagten, wenn der Mann oder seine Eltern anfechten (s dazu § 1600 I Rz 5, zur Widerklage dort Rz 10 f), in der Rolle des Klägers, wenn es selbst anfecht (s § 1600 I Rz 5), in der Rolle des streitgenössischen Nebenintervenienten, wenn es gemäß § 640 e S 3 ZPO dem Verfahren beitrifft (s dazu § 1600 I Rz 31), in Verfahren, die sich auf die Feststellung der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer Anerkennung der Vaterschaft beziehen (§ 1600 f Abs 1, 1. Alt, s dort Rz 11 ff).
- 35 Dagegen gehört nicht hierher die *Feststellung der Vaterschaft des nichtehelichen Kindes zu einem eigenen nichtehelichen Kinde*, dh also wenn das Kind selbst als Vater in Anspruch genommen wird (ebenso GERNHUBER § 58 III 7 Fn 20; anders ODESKY Anm IV 2 S 361, der annimmt, dieser Fall gehöre zur Feststellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses iS der Nr 1, s auch unten Rz 37).
- 36 c) In den hier in Betracht kommenden zivilprozessualen Verfahren wird das Kind in der Regel – wenn die Mutter nicht prozeßkostenvorschußpflichtig ist (s zur Vaterschaftsfeststellung § 1600 n Rz 34) – **Prozeßkostenhilfe** in Anspruch nehmen (s § 1600 n Rz 35). Da das Jugendamt als Amtspfleger regelmäßig in der Lage ist, das Kind ordnungsgemäß und sachgerecht zu vertreten, bedarf es keiner Beordnung eines Anwalts (s § 1600 n Rz 35 iVm § 1599 Rz 47).
- 37 d) Nr 1 nennt weiterhin „**alle sonstigen Angelegenheiten, die die Feststellung oder Änderung des Eltern-Kind-Verhältnisses betreffen**“. Damit ist das Verhältnis des nichtehelichen Kindes zu einem Elternteil gemeint, nicht aber (auch) das Verhältnis des Kindes selbst als Elternteil zu einem nichtehelichen Kinde. Deshalb gehört der in Rz 35 behandelte Fall nicht hierher (vgl auch unten Rz 53).
- 38 Wird das Kind durch nachfolgende Ehe seiner Eltern in Anwendung ausländischen Rechts legitimiert, so entscheidet gemäß § 31 Abs 2 PStG über die Eintragung in das Geburtenbuch gemäß §§ 48 ff PStG das AmtsG, wobei das nichteheliche Kind durch den Amtspfleger vertreten wird (s auch § 1719 Rz 49).
- 39 Wird das Kind für **ehelich erklärt** (§§ 1723, 1740 a), so ist der Amtspfleger gesetzlicher Vertreter des Kindes zur Erteilung der Einwilligung gemäß §§ 1726 Abs 1 S 1, 1729 bzw bei der Antragstellung gemäß §§ 1740 a Abs 1 S 1, 1740 c.
- 40 Wird das Kind **adoptiert**, so ist hierzu die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters namens des Kindes erforderlich (§ 1746 Abs 1 S 1 und 2). Nach dem Wortlaut des § 1751 Abs 1 S 3 bleibt die Pflegschaft neben der gemäß § 1751 Abs 1 S 2 begründeten Vormundschaft des für den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes (§ 11 JWG) zuständigen Jugendamtes bestehen (so KG FamRZ 1978, 206; OLG Stuttgart FamRZ 1978, 207; LG Hamburg DAVorm 1978, 37; LG Bonn DAVorm 1977, 746; LG Hannover DAVorm 1980, 427; BRÜGGEMANN ZblJugR 1977, 199; ROTH-STIELOW DAVorm 1978, 17; krit CZERNER DAVorm 1977, 115, 119; BINSCHUS ZfF 1976, 193,

197). Freilich fällt auf, daß der Fall der Amtspflegschaft in der Begründung des RegE (BT-Drucks 7/3061, 40 f, abgedruckt bei ROTH-STIELOW, Adoptionsgesetz . . . 97 f und DAVorm 1978, 19) – wie auch im Bericht des Rechtsausschusses des BT, BT-Drucks 7/5087, 14 f –, dh also das (erstaunliche) Nebeneinander von Amtsvormundschaft und Amtspflegschaft, nicht erwähnt ist (worauf auch OLG Stuttgart und LG Hamburg hingewiesen haben). Näheres s in den Erl des § 1751. Die Amtspflegschaft endet hier gemäß § 1918 Abs 1 mit dem Wirksamwerden des Adoptionsanspruchs (zum letzteren s § 1752 Abs 1 und § 56 e S 2, 3 FGG) – ebenso wie die Amtsvormundschaft –.

Weiterhin ist zu erwähnen der Fall der Ungewißheit, ob ein Kind *von einer bestimmten Mutter abstammt* (Kindesunterschiebung?). 41

e) Zu der dem Pfleger obliegenden Wahrnehmung von Angelegenheiten der elterlichen Sorge gehört schließlich noch die **Feststellung oder Änderung des Familiennamens des Kindes**, den dieses gemäß § 1617 Abs 1 erlangt hat: die Erteilung des Familiennamens der Mutter und ihres Ehemannes (§ 1618 Abs 1 S 1, 1. Alt, S 3, Abs 2 S 2), die Erteilung des Familiennamens des Vaters (§ 1618 Abs 1 S 1, 2. Alt, S 3, Abs 2 S 2), die Änderung des Familiennamens des Kindes, wenn sich der Familienname der Mutter ändert (§ 1617 Abs 2, nämlich durch eine Erklärung gemäß § 1355 Abs 4 S 2, durch Legitimation, § 1720, Ehelicherklärung, §§ 1737, 1740 f, Adoption, § 1757 Abs 1 S 4, je iVm § 1617 Abs 2), ferner im Verwaltungsverfahren gemäß NÄG. 42

2. Nr 2 (Unterhaltsansprüche des Kindes) 43

a) Dem Pfleger obliegt die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen des Kindes gegen den Vater (§§ 1615 a, 1600 c ff) oder ggf gegen dessen Eltern (§§ 1601, 1606). Hierzu gehört auch die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den mutmaßlichen Vater nach der Geburt des Kindes gemäß § 1615 o Abs 1 S 1, die außergerichtliche Verfolgung der Unterhaltsansprüche im Verhandlungswege, auch durch Abschluß einer Vereinbarung gemäß § 794 Abs 1 Nr 5 ZPO (s ferner § 49 Abs 1 S 1 Nr 2 JWG), die gerichtliche Geltendmachung (§§ 643, 642, 642 a ZPO), auch im Wege der einstweiligen Anordnung (§ 641 d ZPO), in den Verfahren gemäß §§ 642 b ff, 643 a ZPO, die Geltendmachung eines Sonderbedarfs des Kindes (§ 1613 Abs 2), der Abschluß eines Prozeßvergleichs (§ 794 Abs 1 Nr 1 ZPO) und die Vereinbarung einer Abfindung (§ 1615 e), die jeweils der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen (§§ 1915, 1822 Nr 12, 1615 e Abs 2), ggf im Verfahren gemäß § 1612 a, wenn der Vater zur Zahlung eines festen Betrags (Individualunterhalt), also nicht des sog Regelunterhalts, verpflichtet ist, ggf weiterhin zur Betreibung der Vollstreckung, oder in Stundungsverfahren (§ 1615 i).

Bei der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen des Kindes ist der Pfleger nicht an Weisungen der Mutter gebunden (§ 1630 Abs 1, s auch oben Rz 11); vielmehr hat er zu entscheiden, wenn es um die Frage geht, ob, zu welchem Zeitpunkt, in welchem Umfange und in welcher Form ein Unterhaltsanspruch gegen den Vater durchgesetzt werden soll, zB betr Rückstände (§ 1615 d), Stundungen, etwa im Hinblick auf sonstige Verbindlichkeiten des Vaters, zB wegen des Baues eines Eigenheimes (LG Köln DAVorm 1977, 199). 44

Vor der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs des Kindes gegen den Vater wird es aber zweckmäßig sein, daß der Pfleger sich mit der Mutter des Kindes in Verbindung setzt, um diese über ihre Lebensstellung und ihre wirtschaftliche Lage, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu befragen, was im Hinblick auf die Vorschriften der §§ 1615 c, 1606 Abs 3 von Bedeutung sein kann, sowie darüber, ob 45

die Mutter Kindergeld oder Kinderzuschläge und dgl bezieht, was angesichts der Vorschrift des § 1615 g wichtig ist (s GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 60).

- 46 b) Der Pfleger ist auch befugt, über die Ansprüche des Kindes zu verfügen; dies bedeutet, daß er die bei ihm eingegangenen Beträge an die Mutter abzuführen hat, wenn diese das Kind versorgt oder etwa durch ihre Angehörigen (mit-)versorgen läßt (s zB OLG Stuttgart Rpfleger 1979, 61). Der Pfleger ist aber nicht berechtigt, die bei ihm eingegangenen Unterhaltsbeträge zu verwalten und zB zu bestimmen, gewisse Teilbeträge auf ein Sparkonto anzulegen (s auch oben Rz 11 und § 1705 Rz 16). Er ist auch nicht befugt, der Mutter über die Verwendung der Beträge Weisungen zu erteilen (s Rz 11).
- 47 In dem Falle, daß das Kind bei einem Dritten entgeltlich in Pflege ist (vgl dazu auch §§ 1630 Abs 3, 1632 Abs 4 – zum Pflegekindverhältnis s zB FRIEDRICHS Jugendwohl 1984, 3 mwH –), ist der Amtspfleger *befugt*, das vom Unterhaltspflichtigen geleistete unmittelbar an die Pflegeperson weiterzuleiten, also ohne Umweg (s dazu auch Begründung des RegE BT-Drucks V/2370, 67; JANSEN-KNÖPFEL 278), um sicherzustellen, daß die von der Pflegeperson gemachten Aufwendungen für die Pflege und Betreuung des Kindes gedeckt werden. Der Pfleger ist hierzu aber nicht unter allen Umständen verpflichtet. Ist das Kind in einem *Heim* untergebracht, so ist der Träger der Jugendhilfe nicht Dritter iS der Nr 2 HS 2 (OVG Berlin FamRZ 1975, 348, 350 – zu dem Falle, daß das [bereits 15jährige] Kind sich in Freiwilliger Erziehungshilfe [§§ 62 f JWG] befand –).

Zur Unterbringung des Kindes ist der Pfleger jedoch nicht befugt. Zu dem Falle, daß zu den Kosten der Unterbringung in einer Pflegestelle auch die Mutter barunterhaltspflichtig ist, s Rz 51.

- 48 c) Hat ein Dritter dem Kinde Unterhalt geleistet, zB die Mutter, ihr Ehemann oder ihre Eltern, und sind die Unterhaltsansprüche des Kindes daher gemäß § 1615 b Abs 1 auf den Dritten übergegangen, so kann das Kind, vertreten durch den Amtspfleger, diese Ansprüche als Prozeßstandschafter geltend machen (s GÖPPINGER, Unterhaltsrecht [3. Aufl 2. Teil, 1976] Rz 1193, 1194 ff; BGH NJW 1981, 393 = FamRZ 1981, 32 = Rpfleger 1981, 56 – mit der unrichtigen Angabe zu der erwähnten Stelle als Verfasser ODESKY –; sowie Gutachten ZblJugR 1984, 140 – Kind zunächst „scheinehelich“ –).
- 49 Werden in dem dargelegten Falle die übergegangenen Ansprüche an das Kind zurückübertragen, dh abgetreten (§ 398), so muß bei Abschluß dieses Vertrags das Kind durch die Mutter als gesetzliche Vertreterin vertreten sein, da die Befugnisse des Pflegers gemäß § 1706 Nr 2 sich nicht auf den Abschluß eines solchen Abtretungsvertrags erstrecken; hat das Kind dann diese Ansprüche wieder erworben, so kann der Pfleger bei deren Geltendmachung das Kind im Prozeß vertreten; hierauf erstrecken sich seine Befugnisse (BGH NJW 1982, 515 = MDR 1982, 225 = FamRZ 1982, 50 = Rpfleger 1982, 50 – zum Regelunterhalt, doch kann für den Individualunterhalt (s Rz 43) nichts anderes gelten –). In dem dargelegten Falle war der Dritte der Ehemann der Mutter; der BGH hat hier mit Recht angenommen, die Mutter sei bei Abschluß des Abtretungsvertrags namens des Kindes nicht ausgeschlossen, da der Vertrag dem Kinde nur rechtliche Vorteile brachte (der Anspruch war bereits rechtshängig).

Zur Vollstreckung von Unterhaltsansprüchen durch den Amtspfleger nach Überleitung bzw Übergang auf einen Sozialleistungsträger s Gutachten DAVorm 1984, 160.

- 50 d) Der Pfleger kann namens des Kindes auch dessen *Unterhaltsansprüche gegen die Mutter* oder mütterliche Verwandte geltend machen (jetzt ganz hM, s GÖPPINGER, Unterhaltsrecht [3. Aufl] Rz 1165 – unter Aufgabe der früheren gegenteiligen Auf-

fassung FamRZ 1970, 57, 60; NDV 1970, 244 –; [4. Aufl] Rz 3016; MünchKomm-HINZ Rz 9; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2; BayObLGZ 1980, 87, 94 = FamRZ 1980, 828 = Rpfleger 1980, 281 = ZblJugR 1980, 741). Der Wortlaut der Nr 2 enthält keine entsprechende Einschränkung; aus dem Zusammenhang der Vorschrift des § 1706 insgesamt läßt sich keine sichere Schlußfolgerung darauf herleiten, wie Nr 1 und 3 müsse sich auch Nr 2 auf Ansprüche nur gegen den Vater oder dessen Verwandte beziehen; freilich kann Nr 1 auf das Verhältnis Mutter-Kind ebenfalls angewendet werden (s Rz 41). Die vorliegende Frage hat allerdings nur praktische Bedeutung, wenn sich das Kind nicht im Haushalt der Mutter befindet, wenn sie das Kind nicht betreut oder mitbetreut, sondern wenn es in einer Pflegestelle oder bei der Großmutter mütterlicherseits (so in dem vom BayObLG entschiedenen Falle) oder in einem Heim untergebracht ist.

Ist in solchen Fällen auch die Mutter barunterhaltspflichtig, so kann der Pfleger aber die Mutter nicht anweisen, die Unterhaltsbeträge auf eines seiner Konten einzuzahlen oder zu überweisen und nicht an die Person, die das Kind betreut und demzufolge die betreffenden Aufwendungen zu bestreiten hat (BayObLG aaO). Die Mutter konnte hier also nicht daran gehindert werden, unmittelbar an die Pflegeperson die Unterhaltsbeträge zu zahlen und dem Pfleger den Nachweis der Zahlung anderweit zu erbringen. 51

e) Der Pfleger ist aber nicht befugt, *Rentenansprüche* des Kindes geltend zu machen (wohl allg Meinung, s schon GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 61 m näherer Begründung, insbesondere zur Entstehungsgeschichte der Nr 2; MünchKomm-HINZ Rz 10; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2 b; BSG NJW 1971, 2095 = FamRZ 1971, 530; LSG Stuttgart NJW 1971, 1719 = FamRZ 1971, 539 LS; KG NJW 1971, 944 = FamRZ 1971, 269 = DAVorm 1971, 201). Diese fallen nicht unter den Begriff des Unterhaltsanspruchs. 52

Das gleiche gilt für *Schadensersatzansprüche* zB aus unerlaubter Handlung (GÖPPINGER aaO).

Zur Geltendmachung solcher Ansprüche des Kindes kann die Mutter ggf die Bestellung eines Beistandes beantragen (§§ 1685, 1690).

f) Der Pfleger ist ferner nicht gesetzlicher Vertreter des nichtehelichen Kindes, wenn *gegen dieses* Unterhaltsansprüche geltend gemacht werden (GÖPPINGER FamRZ 1970, 61); der Pfleger ist nur gesetzlicher Vertreter eines unterhaltsberechtigten Kindes (vgl übrigens auch Rz 35, 37 zu Nr 1). Vielmehr ist die Mutter gesetzliche Vertreterin des Kindes, wenn dessen nichteheliches Kind solche Ansprüche erhebt (ebenso MünchKomm-HINZ Rz 10, wohl allg Meinung). 53

3. Nr 3 (Erb- und Pflichtteilsansprüche des Kindes)

54

Gem dieser Nr 3, die auf den Vorschlägen des Rechtsausschusses des Bundestags beruht (s BT-Drucks V/4179, 16 und zu Drucks V/4179, 4), obliegt dem Pfleger die Regelung von Erb- und Pflichtteilsrechten, die dem Kinde im Falle des Todes des nichtehelichen Vaters und eines Verwandten des Vaters zustehen, also nicht im Falle des Todes der Mutter und ihrer Verwandten (im Falle des Todes der Mutter tritt ja Vormundschaft ein, s § 1705 Rz 23).

Die Vorschrift der Nr 3 meint Ansprüche gemäß §§ 1924, 1934 a, 1934 b, 2303, 2317, 2338 a (zu den Pflichtteilsansprüchen s BRÜGGEMANN FamRZ 1975, 309; zu Erbsatzansprüchen s auch Gutachten des Deutschen Instituts f Vormundtschaftswesen DAVorm 1984, 55 ff), sowie im Nachlaßkonkurs nach dem Tode des Vaters oder eines Verwandten des Vaters gemäß § 226 Abs 2 Nr 6 KonkO. Zur Zuständigkeit des Pflegers gehört auch die Ausschlagung des Erbrechts (s dazu zB Gutachten des 55

erwähnten Instituts DAVorm 1984, 60) und des Erbersatzanspruchs (§ 1934 b iVm § 2180 – wobei im Gegensatz zu § 1944 keine Frist vorgeschrieben ist) und dann die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs (s dazu DAMRAU FamRZ 1969, 579, 585; GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 61 re Sp).

- 56** Die Regelung der Nr 3 beruht auf der Erwägung, daß der Mutter Auseinandersetzungen mit dem Vater in erbrechtlichen Fragen, zB betr den Abschluß eines Erbvertrags (§§ 2274, 2278) oder einen Verzicht auf einen künftigen Erbersatzanspruch (§ 2346), und vor allem nach dem Tode des Vaters Auseinandersetzungen mit den Erben, der Witwe und den ehelichen Kindern erspart, daß alle diesbezüglichen Schwierigkeiten im Interesse des Kindes vermieden werden sollen (DAMRAU aaO, s auch schon LUTTER FamRZ 1967, 65, 70; KNUR FamRZ 1967, 245, 252; GÖPPINGER JR 1967, 125, 129). Die Vorschrift ist daher weit auszulegen (GÖPPINGER FamRZ 1970, 61; DAMRAU aaO; BOSCH FamRZ 1972, 169, 176; ODERSKY Anm IV 6 b; SOER- GEL-ROTH-STIELOW Rz 25) und so zu verstehen, daß sie alle Geschäfte in bezug auf das Erb- und Pflichtteilsrecht des nichtehelichen Kindes – mögen sie vor oder nach dem Erbfall liegen – einbezieht, zB auch den Erlaß des Erbersatzanspruchs (vgl § 1643 Abs 2), einen Vertrag mit einem Dritten über den künftigen Erbersatzanspruch (vgl § 312 Abs 2), die Geltendmachung des Ausbildungsanspruchs (§ 1371 Abs 4, s dazu BOSCH aaO). Hier kann der Pfleger mit außerordentlich schwierigen Rechtsfragen befaßt werden. Zu erwähnen ist noch, daß der Pfleger in bestimmten Fällen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf (§ 1915 iVm §§ 1822 Nr 1, 2, 1934 b Abs 2, 2347; s dazu DAMRAU aaO).
- 57** Nr 3 umfaßt auch die Erwirkung des Erbscheins (§ 2353), die Inbesitznahme des Nachlasses und die Abwicklung der Nachlaßverbindlichkeiten, wenn das Kind Alleinerbe (§ 1924) ist (s LG Berlin FamRZ 1976, 461 = DAVorm 1976, 510; MünchKomm-HINZ Rz 11; SOER- GEL-ROTH-STIELOW Rz 26; ERMAN-HOLZHAUER Rz 6), oder wenn es Miterbe geworden ist, die Nachlaßauseinandersetzung, jeweils bis zur Herausgabe des Reinvermögens an die Mutter einschließlich. Dagegen obliegt dann der Mutter als gesetzliche Vertreterin des Kindes in Angelegenheiten der Vermögenssorge (s § 1705 Rz 16) die Verwaltung und Anlage des Vermögens des Kindes (LG Berlin aaO, HINZ, ROTH-STIELOW, HOLZHAUER aaO).
- 58** Die Geltendmachung des vorzeitigen *Erbausgleichs* (§ 1934 d) obliegt ggf nicht dem Pfleger, sondern dem Kinde selbst, da die Vollendung des 21. Lebensjahres des Kindes Voraussetzung hierzu ist.

59 IV. Beendigung der Pflegschaft

Die Pflegschaft endet mit ihrer Aufhebung gemäß § 1707 S 1 Nr 2 (s dort Rz 12), mit der Beendigung der elterlichen Sorge (§ 1918 Abs 1), dh mit der Volljährigkeit des Kindes, mit dem Tod der Mutter oder des Kindes, mit der Entziehung der elterlichen Sorge (§ 1666), insbesondere des Vertretungsrechts (§ 1673 Abs 2 S 2 HS 2 iVm § 1773 Abs 1 – s auch § 1705 Rz 15 –), mit der Anordnung des Ruhens der elterlichen Sorge (§§ 1674, 1675), mit der Wirksamkeit des die Ehelicherklärung (§ 1723) anordnenden Beschlusses (s § 1736 Rz 7) und mit der Rechtskraft der Entscheidung nach § 1740 a (s § 1740 f Rz 9).

- 60** Dagegen endet die Pflegschaft, wenn das Kind durch nachfolgende Eheschließung seiner Eltern legitimiert wird (§ 1719), erst mit ihrer (ausdrücklichen) Aufhebung (§ 1919 – s § 1719 Rz 42 –). Zur Adoption des Kindes s §§ 1751 Abs 1 S 1 HS 1, S 3, 1752, 1754.

6. Titel. Elterliche Sorge für nichteheliche Kinder

§ 1707

Auf Antrag der Mutter hat das Vormundschaftsgericht

- 1. anzuordnen, daß die Pflegschaft nicht eintritt,**
- 2. die Pflegschaft aufzuheben oder**
- 3. den Wirkungskreis des Pflegers zu beschränken.**

Dem Antrag ist zu entsprechen, wenn die beantragte Anordnung dem Wohle des Kindes nicht widerspricht. Das Vormundschaftsgericht kann seine Entscheidung ändern, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.

NEhelG Art 1 Nr 25.

Schrifttum

BECKER, Reform des Unehelichenrechts unter Berücksichtigung des anonymen Vaters, RdJ 1964, 51, 72; BRÜGGEMANN, Intimsphäre und außereheliche Elternschaft, Dissertation Bonn 1964; ders., Intimsphäre und außereheliche Elternschaft, über das Recht und die Pflicht der Mutter, den Erzeuger ihres außerehelichen Kindes zu nennen, Gegenwartsfragen des Unehelichenschutzes, Schriften des Deutschen Instituts für Vormundschaftswesen, Bd 3 (1964) 24; ders., Anm zu BVerwG FamRZ 1971, 163, 165 f; FINGER, Die Beendigung der Amtspflegschaft des Jugendamtes nach § 1707 BGB, FamRZ 1983, 429, dazu BOSCH das 433; GÖPPINGER, Elterliche Gewalt über nichteheliche Kinder, FamRZ 1970, 57; ders., Anm zu BGH JR 1982, 149 (= BGHZ 82, 173), 152; KLEINEKE, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, Diss Göttingen 1976; KLUNZINGER, Anm zu LG Mannheim NJW 1970, 150, 712; KUMME, Die rechtliche Bedeutung der Weigerung der Mutter, den Vater ihres nichtehelichen Kindes zu nennen, ZblJugR 1973, 140; SCHIMPF, Zur Aufhebung der Amtspflegschaft gemäß § 1707 BGB, StAZ 1983, 192; VON WEBER, Das Jugendamt als Detektiv, ZblJugR 1973, 345; ZENZ, Volle elterliche Gewalt für die Mutter, die den Vater ihres Kindes nicht nennen oder feststellen lassen will, StAZ 1974, 281, 314; weitere Lit s Vorbem zu § 1705.

Systematische Übersicht**I. Entstehungsgeschichte, Grundsätzliches, Verfassungsmäßigkeit**

1. Entstehungsgeschichte, Grundsätzliches 1
2. Verfassungsmäßigkeit 4

II. Die Anordnungen nach S 1 im einzelnen

1. Nr 1 5
2. Nr 2 12
3. Nr 3 13
4. Voraussetzung für die Anordnung (S 2)
 - a) Grundsätzliches 14
 - b) Nr 1 17
 - c) Nr 2 18
 - d) Nr 3 31

III. Änderung der früheren Anordnung (S 3)

1. Grundsätzliches 32
2. Voraussetzungen der neuen Entscheidung 33
3. Die neue Entscheidung 38

IV. Verfahren

1. Zuständigkeit 41
2. Antrag und Amtsverfahren 44
3. Verfahrensbeteiligte, Anhörung der Mutter 46
4. Ermittlungen des Gerichts, rechtliches Gehör 52
5. Die Entscheidung 53
6. Rechtsmittel bzw Rechtsbehelfe 54

Alphabetische Übersicht

Amtsverfahren 45
 Änderung der Entscheidung 32 ff
 – neue Entscheidung 38 ff
 – Voraussetzungen 33
 Anerkennung der Vaterschaft vor der Geburt des Kindes 5

Anordnung gemäß § 1666 33, 37, 40, 42
 Antragsberechtigung 44
 Antragsverfahren 44
 Beihilfe 30
 Bekanntmachung der Entscheidung 8 f, 53

Beschwerde 54 ff	Pflegschaft, Aufhebung (§ 1707 S 1 Nr 2) 12, 18 ff
Eheähnliche Gemeinschaft 12, 17, 22, 36, 47	– – teilweise 12, 29, 31
Einzelpfleger 39	– keine – bei Geburt des Kindes 2, 5, 7 ff, 17
Erbrechtliche Ansprüche 26	– keine – bei Feststellung der Nichteheleicheit? 11
Erinnerung 54	– keine – bei Volljährigkeit der Mutter 10
Ermessen 3, 15	– neue Anordnung 38 f
Ermittlungen 52	
Familienname, Erteilung durch Vater 21	Rechtliches Gehör 52 Rechtsbeschwerdegericht 16
GG Art 1 23	Sozialhilfe 30
– Art 2 Abs 1 4, 23	
– Art 6 Abs 1 4	
– Art 6 Abs 2 4, 33	Unterhalt des Kindes 5 f, 17, 36, 48 Unterhaltsvertrag vor Geburt des Kindes? 6 Unterhaltsvorschuß (UVG) 30
Jugendamt, Anhörung 38 f, 52	
– Anregung zum Verfahren 45	
– Beschwerderecht 55 ff	Vater, Anhörung 47
– Ermittlungen 25	– Beschwerderecht? 56
– Pfleger 38, 46	Verein als Pfleger 39
– Verfahrensbeteiligter 46	Verfahrensbeteiligte 46
	Verfassungsmäßigkeit 4
Kind, Anhörung 51	Verschweigen des Vaters durch die Mutter 23 ff
– Beschwerderecht 56	Voraussetzung der Anordnungen 14 ff
Mutter, Anhörung 48	
– Antragsrecht 44	Wirksamwerden der Entscheidung 53
– Intimsphäre, Schutz ihrer – 4, 23, 27	Wohl des Kindes 4, 14 ff, 25, 27, 29, 34, 37
– Verfahrensbeteiligte 50	
– Volljährigkeit 10	
– Zeugin 20	Zuständigkeit 41 ff

I. Entstehungsgeschichte, Grundsätzliches, Verfassungsmäßigkeit

1 1. Entstehungsgeschichte, Grundsätzliches

Nach früherem Recht (§ 1707 Abs 2 idF des FamRÄndG 1961 – s Vorbem 2 zu § 1705 –) konnte das VormG der Mutter die elterliche Gewalt, ggf mit Einschränkungen, übertragen (Näheres dazu in der VoraufL § 1707 aF Rz 120 ff).

- 2 § 1707 idF des NEhelG – die auf die Vorschläge des Vermittlungsausschusses zurückgeht (s Vorbem 14 zu § 1705) – erweitert die Befugnisse des VormG gegenüber dem früheren Recht und hängt mit § 1706 zusammen, bedeutet also eine Ausnahme von dieser Vorschrift; die Nr 1 hat die Bedeutung, daß die Anwendbarkeit des § 1706 überhaupt entfällt und daß der Mutter von vornherein mit der Geburt des Kindes, ggf mit der Vollendung des 18. Lebensjahres der Mutter (s Rz 10), die volle uneingeschränkte elterliche Sorge (vgl § 1705) zusteht. § 1707 stellt eine elastische Regelung dar, die es ermöglicht und ermöglichen soll, der Verschiedenheit der Einzelfälle Rechnung zu tragen (vgl zu der im RegE vorgesehenen Beistandschaft – s Vorbem 14 zu § 1705 – die Begründung BT-Drucks V/2370, 65; JANSEN-KNÖPFEL 269). Wie SCHIMPF berichtet (StAZ 1983, 192, 198), ist übrigens die gerichtliche Praxis in verschiedenen Bundesländern sehr unterschiedlich, zT wird in weitem Umfang, zT nur in geringem Maße von S 1 Gebrauch gemacht.

Im Gegensatz zum früheren Recht schreibt das Gesetz nun die Voraussetzungen vor, unter denen das VormG die betreffende Anordnung zu erlassen hat (Näheres unten Rz 14 ff), wozu hervorzuheben ist, daß das Gesetz jetzt eindeutig bestimmt, daß das VormG die Anordnung zu erlassen *hat*, wenn die Voraussetzungen vorliegen, also nicht lediglich, daß es die Anordnung erlassen *kann*, wie in § 1707 Abs 2 aF (freilich bedeutete im früheren Recht nach richtiger Ansicht das Wort „kann“ eine Befugnis des Gerichts und keine Ermessensermächtigung, s Vorauf Rz 142 f).

2. Verfassungsmäßigkeit

§ 1707 ist mit dem GG gerade auch insoweit vereinbar (vgl Art 2 Abs 1, Art 6 Abs 2), als nur unter bestimmten Voraussetzungen die Mutter einen Rechtsanspruch auf eine nach S 1 zulässige Anordnung hat, dh daß dem Schutz der Intimsphäre der Mutter (Art 2 Abs 1 GG) ggf das *Wohl des Kindes* vorgeht, wenn die Mutter den Namen des potentiellen Vaters verschweigt (s dazu unten Rz 23 ff), ebenso auch dem Schutz der Familie des Vaters (vgl Art 6 Abs 1 GG) – s dazu OLG Karlsruhe FamRZ 1972, 95, 96; sowie BGHZ 82, 173, 178 = NJW 1982, 381 = JR 1982, 149 m Anm GÖPPINGER = FamRZ 1982, 159, auch mit dem Hinweis auf BVerfGE 37, 217, 252 = FamRZ 1974, 579, 588 – zur Staatsangehörigkeit eines (ehelichen) Kindes mit allgemeinen Ausführungen zur Bedeutung des Wohles des Kindes – und FamRZ 1981, 429, 433 (s Vorbem 26 zu § 1705) –.

II. Die Anordnungen nach S 1 im einzelnen

1. Nr 1

Hiernach ist das Gericht befugt, unter bestimmten Voraussetzungen (s Rz 14 ff) auf Antrag der Mutter (s auch Rz 44) schon vor der Geburt des Kindes anzuordnen, daß die Pflegschaft (§ 1706) nicht eintritt, zB und vor allem, wenn die Vaterschaft schon vor der Geburt anerkannt wurde (§ 1600 b Abs 2, s dort Rz 10 ff, vgl dazu auch die Fälle BayObLGZ 1983, 67 = FamRZ 1983, 949 = Rpfleger 1983, 275; KG Rpfleger 1984, 16 = FamRZ 1984, 98) und etwa auch die Verpflichtung zur Zahlung des Unterhalts, insbesondere des Regelunterhalts (§ 1615 f), in einer vollstreckbaren Urkunde (§ 794 Abs 1 Nr 5 ZPO) festgelegt wurde (GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 62 f).

Ein Unterhaltsvertrag kann freilich vor der Geburt des Kindes nicht geschlossen werden, dh über die Zeit von drei Monaten nach der Geburt hinaus (arg § 1615 o Abs 1), und zwar mangels eines gesetzlichen Vertreters des Kindes (GÖPPINGER aaO; s ferner GERNHUBER § 58 III 4 aE).

Zulässig ist aber auch die Anordnung (arg a maiore ad minus), die Pflegschaft trete nur bezüglich der in § 1706 Nr (2 und) 3 bezeichneten Angelegenheiten ein (GÖPPINGER aaO 62; MünchKomm-HINZ Rz 3; ODERSKY Anm II 2; SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 4; GERNHUBER § 58 III 4), ggf auch lediglich bezüglich bestimmter einzelner unter § 1706 fallender Angelegenheiten (analog Nr 3).

Der Beschluß wird mit der *Bekanntgabe* an die Mutter wirksam (§ 16 FGG). Ist angeordnet, daß die Pflegschaft nicht eintritt, und ist der Beschluß der Mutter vor der Geburt des Kindes bekannt gemacht worden, so erlangt die Mutter mit der Geburt die volle elterliche Sorge.

Wurde der Beschluß zwar vor der Geburt erlassen, hat die Mutter aber erst danach Kenntnis erlangt, so kann der Beschluß dahin ausgelegt werden, daß die mit der Geburt entgetretene Amtspflegschaft aufgehoben wird (OLG Stuttgart FamRZ 1982, 1128 = Justiz 1982, 333).

- 10 § 1707 S 1 Nr 1 ist entsprechend in dem Falle anzuwenden, daß die Mutter mit dem Eintritt ihrer *Volljährigkeit* (§ 2) die volle elterliche Sorge erlangen soll (GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 64, Ziff II 3 aE).
- 11 Dagegen kann die Vorschrift in dem Falle nicht analog angewendet werden, daß die Mutter mit der Rechtskraft der die Nichtehelichkeit des Kindes (§ 1593) feststellenden Entscheidung die volle elterliche Sorge erhalten soll. Denn S 1 Nr 1 setzt voraus, daß die Mutter bei Antragstellung *nichteheliche* Mutter wird, dh das Kind nichtehelich ist. Im übrigen wäre auch Voraussetzung für eine entsprechende Anordnung, daß die Vaterschaft geklärt, dh festgestellt ist; indes ist vor Rechtskraft der Entscheidung gemäß § 1593 weder eine Vaterschaftsanerkennung möglich (s § 1600 a Rz 14, § 1600 b Rz 5) noch ein gerichtliches Verfahren auf Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft (s § 1600 a Rz 14, § 1600 n Rz 4 f) zulässig.

12 2. Nr 2

Hiernach kann das VormG die Pflegschaft in vollem Umfange oder eine noch für bestimmte Angelegenheiten bestehende restliche Pflegschaft (vgl Nr 3) aufheben, womit die Mutter die elterliche Sorge ohne Einschränkung erlangt. Die Vorschrift ist *lex specialis* gegenüber §§ 1918, 1919.

Bedeutung hat die Nr 2 in der Praxis in den Fällen, in denen die Eltern des Kindes in einer eheähnlichen Gemeinschaft leben (s Rz 22), und vor allem, wenn die Mutter den Namen des Vaters verschweigt (s Rz 23 ff).

13 3. Nr 3

Das Gericht kann den Wirkungskreis des Pflegers beschränken, dh für bestimmte einzelne Angelegenheiten oder zB zu § 1706 Nr 1 und 2 die Pflegschaft aufheben (s zB LG Kreuznach DAVorm 1978, 65).

14 4. Voraussetzung für die Anordnung (S 2)

- a) Eine Anordnung nach S 1 Nr 1–3 setzt jeweils voraus, daß sie dem Wohle des Kindes nicht widerspricht, dh es ist nicht erforderlich, daß sie dem Wohle des Kindes dient oder entspricht (vgl die Formulierung der §§ 1723, 1740 a Abs 1 S 2 oder auch § 1671 Abs 2 HS 1) oder für das Wohl des Kindes nützlich oder förderlich ist. Es genügt, daß kein Anlaß zu der Besorgnis besteht, das Wohl des Kindes könnte gefährdet werden (GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 62 f; LG Duisburg DAVorm 1979, 622; MünchKomm-HINZ Rz 5). So muß im konkreten Falle – insbesondere auch auf Grund der Anhörung der Mutter und des persönlichen Eindrucks (s Rz 48) – regelmäßig *mit großer Wahrscheinlichkeit* angenommen werden können, die Mutter werde auf Grund ihrer Lebensstellung und ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse in der Lage und willens sein, die Interessen des Kindes so wahrzunehmen, daß eine Pflegschaft in den betreffenden Angelegenheiten entbehrlich ist (vgl auch OLG Hamm MDR 1978, 54 = FamRZ 1978, 204 = Rpfleger 1977, 408), sowie auch, daß die Mutter einsichtsvoll genug ist, um bei der Regelung schwierigerer Fragen fachkundigen Rat einzuholen, ggf beim Jugendamt oder bei einem Rechtsanwalt (s auch GÖPPINGER aaO). Die Voraussetzung, daß die Aufhebung dem Wohl des Kindes nicht widerspricht, betrifft die Anwendung eines *unbestimmten Rechtsbegriffs* (Gesetzesbegriffs) – s zB OLG Karlsruhe FamRZ 1972, 95, 96; BayObLGZ 1972, 196 = FamRZ 1972, 521, 522; GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 62 –.
- 15 Der Begriff „Wohl des (minderjährigen) Kindes“ (s auch § 1723 Rz 19) ist ein wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff mit grundsätzlich erschließungsfähigem und

erschließungsbedürftigem Inhalt (s COESTER 173). Er erfordert stets eine Prüfung aller im Einzelfall in Betracht kommenden bedeutsamen Umstände und ihre Abwägung und Bewertung (GÖPPINGER aaO und im allgemeinen in Juristen-Jahrbuch 9, 1968, 86, 104 ff, Unterhaltsrecht [4. Aufl] Rz 32 ff). Bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs hat das Gericht *kein Ermessen* auszuüben. Der Begriff betrifft die komplexe Existenz des Kindes, wobei außerrechtliche Vorstellungen zum Kindeswohl grundsätzlich beachtlich sind; aus der Komplexität des Begriffs Kindeswohl ergibt sich, daß die in Bezug genommenen Sachgebiete außerordentlich heterogen sind und den rein physischen Bereich, Seelisch-Emotionales, Ethisches und Religiöses bis hin zu solchen Gesichtspunkten betreffen, die sich aus der sozialen Natur des Menschen ergeben (COESTER 163).

Der Begriff kann auf einer alles umfassenden abstrakten Ebene, welche die jeweilige Lebenssituation außer acht läßt, für die er verwendet wird, nicht gehaltvoll definiert werden; vielmehr ist er in dem jeweiligen Zusammenhang mit spezifischen Erwägungen und Kriterien auszufüllen (so zutreffend KROPHOLLER JZ 1984, 164).

Das Gesetz nimmt mit dem Begriff Kindeswohl alle Daseinsaspekte und Bedürfnisse des Kindes in Bezug (COESTER 176), ganz allgemein und unschematisch das, was *im konkreten Einzelfall* insgesamt am besten den Interessen des Kindes in jeder Beziehung dient (MÜLLER-FREIENFELS Ehe und Recht [1962] 219), nämlich für seine körperliche, geistige, seelische und sittliche Entwicklung und Ausbildung in einer seinen Anlagen und Fähigkeiten und den sonstigen Verhältnissen entsprechenden Weise dadurch, daß das Kind psychisch beeinflußt und gelenkt (erzogen) wird, so daß es sich zu einer Persönlichkeit entwickeln kann und zu einem Lebensberuf tüchtig wird (vgl DÖLLE FamR II 150 § 92 I 2 a).

Die Anwendung des Begriffs „Wohl des Kindes“ kann und muß ggf vom Rechtsbeschwerdegericht (§ 28 FGG) nachgeprüft werden, insbesondere in der Richtung, ob die Tatsacheninstanz ohne Verfahrensverstöß (ua unter Anhörung der Mutter, s Rz 48) alle maßgebenden Umstände geprüft hat, die in Betracht kommenden Interessen zutreffend bewertet, das Gewicht der einzelnen Gesichtspunkte rechtlich richtig beurteilt hat, unter Zugrundelegung der von der Tatsacheninstanz (dem LG) festgestellten tatsächlichen Umstände und Gegebenheiten – an letztere ist das Rechtsbeschwerdegericht, wenn sie ohne Verfahrensverstöß zustandegekommen sind (§ 29 FGG iVm § 561 ZPO), gebunden –.

b) Wird die Anordng nach Nr 1 begehrt, so ist diesem Antrag grundsätzlich nur dann zu entsprechen, wenn die Vaterschaft geklärt ist, dh eine Anerkennung zustandegekommen ist, die mit der Geburt des Kindes wirksam werden kann (s § 1600 b Rz 10, § 1600 c Rz 14), und der Unterhalt des Kindes als sichergestellt beurteilt werden kann, sei es, daß ein entsprechender Vollstreckungstitel errichtet wurde (vgl § 794 Abs 1 Nr 5, sowie § 642 c Nr 2 ZPO), oder daß das Kind Naturalunterhalt bekommen kann, etwa wenn die Eltern des Kindes zusammenleben.

Zu einem Falle, in dem eine Anordnung nach Nr 1 zu Unrecht ergangen war, s OVG Berlin FamRZ 1981, 1107 und BVerwG NJW 1983, 2954 = FamRZ 1983, 903 = NDV 1984, 38 m Anm SCHLAMELCKER – Revisionsurt zu OVG Berlin aaO –.

c) Dazu, daß die Aufhebung der Pflegschaft (Nr 2) dem Wohle des Kindes nicht widerspricht, ist der *Nachweis* nicht erforderlich, die Mutter sei zur uneingeschränkten Ausübung der elterlichen Sorge imstande; vielmehr genügt es, daß die Aufhebung dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. Der Antrag ist daher nur abzulehnen, wenn bestimmte Tatsachen gegen die Aufhebung sprechen (OLG Hamm FamRZ 1978, 204 – s Rz 14 –; GERNHUBER § 58 III 4 Fn 9; s auch oben Rz 14 m weit Einzelheiten).

- 19 Dies ist zB anzunehmen, wenn die Mutter (nur) den Zweck verfolgt, die Vater-schaftsfeststellungsklage, die der Pfleger erhoben hatte, zurücknehmen zu können (s OLG Düsseldorf DAVorm 1971, 369; OLG Oldenburg DAVorm 1972, 97; OLG Köln DAVorm 1972, 504; OLG Celle DAVorm 1973, 566, zustimmend GERNHUBER § 58 III 5).
- 20 Dagegen spricht die Aufrechterhaltung der Zeugenstellung der Mutter in einem noch nicht abgeschlossenen Abstammungs- und Unterhaltsprozeß (§ 643 ZPO) des Kindes gegen den mutmaßlichen Vater für sich allein nicht für das notwendige Fortbestehen der Amtspflegschaft (OLG Hamm FamRZ 1978, 204 – s Rz 14 –; LG Mannheim NJW 1971, 944; MünchKomm-HINZ Rz 12; GERNHUBER § 58 III 4 Fn 10). Zu beachten ist dazu auch, daß kein Grund zu der Annahme besteht, die Aussage der Mutter als Partei statt als Zeugin sei von geringerem Beweiswert (OLG Hamm aaO; SCHIMPF StAZ 1983, 192, 197 f), ferner, daß die Mutter, wenn sie dem Rechtsstreit nach der Beiladung (§ 640 e S 1 ZPO) als streitgenössische Nebenintervenientin beigetreten ist (§§ 640 e S 3, 69 ZPO), ohnehin nicht mehr als Zeugin zu vernehmen ist (s § 1600 n Rz 37).
- 21 Wird andererseits die Aufhebung der Pflegschaft nur deshalb begehrt, weil die Mutter, etwa durch den Vater des Kindes gedrängt, wünscht, daß das Kind den Familiennamen des Vaters erhält (§ 1618 Abs 1 S 1), wozu der Amtspfleger seine Einwilligung verweigert hat, so würde dies dem Wohle des Kindes widersprechen (s Deutsches Institut für Vormundschaftswesen DAVorm 1983, 931).
- 22 Leben die Eltern mit dem Kinde in *eheähnlicher Gemeinschaft*, so darf dies allein kein Grund sein, die Aufhebung der Pflegschaft abzulehnen (s MünchKomm-HINZ Rz 11; GERNHUBER § 58 III 4; vgl auch zum früheren Recht VoraufI § 1707 Rz 136; BayObLGZ 1963, 315 = FamRZ 1964, 157; OLG Hamm FamRZ 1963, 302), gerade auch im Hinblick darauf, daß dieses Zusammenleben heutzutage weitgehend toleriert wird (s dazu Vorbem 26, 28, 41 zu § 1705) und das Kind durch diese Gemeinschaft allein nicht sittlich gefährdet wird. § 1707 betrifft die Beziehungen des Kindes zur Mutter, nicht das Verhältnis der Eltern zueinander; auf das letztere kann der Amtspfleger keinesfalls Einfluß nehmen (auf das Verhalten und die Einstellung der Mutter selbstverständlich ebenfalls nicht).
- 23 Eine umfangreiche und kontroverse Erörterung fand in der Lit der Fall, daß die Mutter den **Namen des potentiellen Vaters** dem Pfleger **nicht angeben will oder kann**, und die Bedeutung des Schutzes der Intimsphäre der Mutter (Art 1, 2 Abs 1 GG) hierbei (s KUMME ZblJugR 1973, 140; 1976, 242; ZENZ StAZ 1974, 281, 314; KLEINEKE 125 f; WAWRZYNIAK ZblJugR 1978, 269; RUPPIN ZblJugR 1978, 439; FINGER, BOSCH FamRZ 1983, 429, 433; SCHIMPF StAZ 1983, 192; GERNHUBER § 58 III 5; BEITZKE § 30 I 2; ODESKY Anm II 3 b; MünchKomm-HINZ Rz 9; SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 7–9; ERMAN-HOLZHAUER Rz 2; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2).
- 24 Die Rechtsprechung lehnte die (gänzliche) Aufhebung der Pflegschaft weithin ab (s LG Stuttgart DAVorm 1971, 371; OLG Oldenburg DAVorm 1972, 97; LG Mainz DAVorm 1972, 216; LG Bielefeld DAVorm 1972, 220; OLG Celle DAVorm 1973, 566; LG Frankenthal DAVorm 1976, 692; LG Bad Kreuznach DAVorm 1978, 65; LG Darmstadt DAVorm 1979, 65; LG Berlin DAVorm 1979, 63; DAVorm 1980, 424; DAVorm 1982, 697 = FamRZ 1982, 193 LS; KG FamRZ 1981, 709; OLG Hamm NJW 1984, 617 = Rpfleger 1983, 485 = FamRZ 1984, 99; *anders* LG Itzehoe DAVorm 1972, 506; LG Wuppertal DAVorm 1974, 197 (jeweils besondere Umstände); LG Frankfurt FamRZ 1980, 490).
- 25 Durch den auf den Vorlegungsbeschluß des OLG Hamm (FamRZ 1981, 1007) ergangenen Beschluß des BGH v 11. 11. 1981 (BGHZ 82, 173 = NJW 1982, 381 = JR 1982, 149 m Anm GÖPPINGER = FamRZ 1982, 159) ist das vorliegende Problem

nunmehr dahin entschieden, es widerspreche in der Regel dem Wohl des Kindes, die Amtspflegschaft vollständig aufzuheben (zustimmend BOSCH und GÖPPINGER aaO; krit FINGER und SCHIMPF aaO, s auch schon GERNHUBER, ZENZ und HINZ je aaO). Der BGH hat ua noch darauf hingewiesen, gebe die Mutter den Namen des Vaters nicht preis, so werde es dem Jugendamt freilich in vielen Fällen nicht möglich sein, die in § 1706 enthaltenen Aufgaben zu erfüllen; bei Aufrechterhaltung bleibe indes eine gewisse, wenn auch geringe Chance, die Interessen des Kindes zu wahren, etwa durch Ermittlungen des Jugendamts oder dadurch, daß von Familienangehörigen, von dritter Seite oder vom Vater selbst sachdienliche Hinweise gegeben würden (s auch § 1706 Rz 14, sowie GÖPPINGER und BOSCH aaO).

Die Aufhebung der Pflegschaft kann auch nicht damit begründet werden, die Mutter 26 verspreche eine Unterrichtung des Kindes zu gegebener Zeit, der Vater des Kindes sei der mütterlichen Familie bekannt, da nicht auszuschließen ist, daß die Mutter sich hier geirrt hat (s SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 8). Zu beachten ist, daß eine Klärung der Vaterschaft nach dem Ablauf einer längeren Zeit erschwert oder nicht mehr möglich ist oder daß in der Zwischenzeit im Falle des Todes des betreffenden Mannes ein Erbrecht oder Erbersatzanspruch zufolge der Regelung des § 1934 c Abs 1 S 2 – gegen die freilich verfassungsrechtliche Bedenken bestehen (s § 1706 Rz 32) – ausgeschlossen ist (s § 1706 Rz 20 f, sowie den Fall DAVorm 1984, 159).

Regelmäßig widerspricht eine Aufhebung der Pflegschaft dem Wohl des Kindes, 27 wenn die Vaterschaft noch nicht festgestellt ist (GÖPPINGER aaO; SOERGEL-ROTH-STIELOW aaO). Die Regelung des § 1706 dient eben gerade dazu, einer etwaigen Kollision der Interessen von Mutter und Kind begegnen zu können; die Weigerung der Mutter, den Vater anzugeben, ist eine solche Kollisionslage (so zutreffend ROTH-STIELOW aaO). Die Annahme ist unrichtig, die Mutter, dh der Schutz ihrer Intimsphäre genieße *grundsätzlich* einen Vorrang etwa vor der staatlichen Fürsorge (so aber GERNHUBER § 58 III 4, 5, s auch Rz 30), was aber dann auch bedeuten würde, einen Vorrang vor den Interessen des Kindes. Vielmehr haben die letzteren den Vorrang (so auch BGHZ 82, 173, 178, s Rz 4).

Will die Mutter die Feststellung der Vaterschaft selbst, ohne Mitwirkung des Jugendamtes, betreiben, begehrt sie also deshalb die Aufhebung der Pflegschaft, so kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an: ob die Mutter dieser Aufgabe gewachsen erscheint, ob ihre Absicht glaubhaft ist. Doch sind gegen eine Aufhebung der Pflegschaft dann keine Bedenken zu erheben, wenn die Mutter bereits einen Anwalt beauftragt hat und dieser versichert, er habe den Auftrag, die entsprechenden Schritte zur Feststellung der Vaterschaft nach Aufhebung der Pflegschaft einzuleiten (OLG Schleswig FamRZ 1984, 200) – die Mutter selbst kann ja nicht aus eigenem Recht die Feststellungsklage erheben (!), s § 1600 n Rz 10 –.

Die Aufhebung der Pflegschaft für die in § 1706 Nr 3 angeführten Angelegenheiten 29 kann als dem Wohl des Kindes nicht widersprechend beurteilt werden, wenn anzunehmen ist, daß die Mutter nach ihrer Persönlichkeit in der Lage sein wird, die Interessen des Kindes ordnungsgemäß wahrzunehmen, vor allem durch Inanspruchnahme fachkundiger Beratung, zB eines Anwalts (s schon oben Rz 14). Im Hinblick auf die Schwierigkeit dieser Angelegenheiten (s § 1706 Rz 37 insbesondere aE) wird in der Praxis wohl nicht selten die Pflegschaft für diese Angelegenheiten aufrechterhalten (vgl zB LG Kreuznach DAVorm 1978, 65 und den vom BGH – s Rz 25 – entschiedenen Fall), womit von § 1707 S 1 Nr 3 Gebrauch gemacht wird (s Rz 31, sowie auch OLG Karlsruhe FamRZ 1972, 95, 97 zur Bedeutung des § 1706 Nr 3).

Zum Schutz der Intimsphäre der Mutter im **öffentlichen Recht** und zum Problem 30 etwaiger Konsequenzen aus dem Verschweigen des Vaters des Kindes durch die Mutter sei noch hingewiesen auf BAG FamRZ 1969, 537 (betr **Beihilfe** für die Säug-

lingsausstattung) und BVerwG FamRZ 1971, 90 m Anm BOSCH, 163 Anm BRÜGGE-MANN (betr Beihilfe für die Entbindungskosten), andererseits zum **Sozialhilferecht** (§ 92 a BSHG) OVG Berlin und BVerwG s Rz 17 aE, zum **Unterhaltsvorschuß** (§§ 1 Abs 3 UVG, 65 Abs 1 Nr 2, 66 SGB I) VerwG Münster DAVorm 1982, 585; VerwG Braunschweig DAVorm 1982, 915 (offensichtlich unrichtige Nennung des Vaters ist der Weigerung, den richtigen Vater zu nennen, gleichzuachten).

- 31 d) Die Beschränkung des Wirkungskreises des Pflegers (Nr 3) wird in der Praxis wohl nicht selten in Betracht kommen, wenn sich ergibt, daß die Pflegschaft nicht insgesamt aufgehoben werden kann, daß sie aber bezüglich eines bestimmten Bereichs entbehrlich (geworden) ist – vgl die in Rz 29 aE erwähnten Fälle, sowie zur teilweisen Zurückweisung des Antrags der Mutter unten Rz 57 –.

III. Änderung der früheren Anordnung (S 3)

32 1. Grundsätzliches

S 3 ist **lex specialis** gegenüber der Regelung des § 1696 und soll eine Korrektur der gemäß S 1 ergangenen Entscheidung ermöglichen mit dem Ziel einer Beschränkung der elterlichen Sorge der Mutter; daher ist S 3 nicht anzuwenden, wenn ein auf S 1, 2 gestützter Antrag zurückgewiesen worden war oder wenn eine Anordnung nach S 1 erweitert werden soll. In diesen Fällen ist für eine neue Anordnung nur die Voraussetzung des S 2 vonnöten. S 3 ist auch nicht anzuwenden, wenn es um eine Beschränkung der der Mutter gemäß § 1705 zustehenden Befugnisse geht.

S 3 trägt dem Umstand Rechnung, daß, wie in allen familienrechtlichen, insbesondere im Kindschaftsrecht bestehenden Verhältnissen, Änderungen eintreten können. In der Begründung des RegE (BT-Drucks V/2370, 65 f; JANSEN-KNÖPFEL 269) war dazu gesagt worden: Die (ursprüngliche) Entscheidung muß geändert werden können, wenn sich später ergibt, daß die erste Entscheidung dem Wohle des Kindes widersprach oder wenn sich die Lebensverhältnisse, die der ersten Entscheidung zugrundelagen, wesentlich geändert haben, zB weil die Großeltern, die das Kind bisher versorgt haben, gestorben sind, weil die Ehe der Mutter zerrüttet ist oder weil der Mann, der die Mutter des Kindes später heiratet, das Kind ablehnt. Das Kind könnte gefährdet werden, wenn die Aufhebung der ersten Anordnung unwiderruflich wäre und ein Eingriff des VormG nur unter den erschwerten Voraussetzungen der §§ 1666 ff gestattet wäre.

33 2. Voraussetzungen der neuen Entscheidung

S 3 setzt voraus, daß eine neue Entscheidung zum Wohl des Kindes *erforderlich* ist, nämlich um eine schon eingetretene oder eine nahe bevorstehende Gefährdung des Wohls des Kindes abzuwehren. Das Gesetz verlangt hier strengere Voraussetzungen als für die umgekehrte Anordnung der Aufhebung oder Beschränkung der Pflegschaft (S 1), was sachlich gerechtfertigt und im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Gebot des Art 6 Abs 2 S 2 GG notwendig ist. S 3 ist gegenüber § 1696 eine Sondervorschrift (s schon Rz 32); § 1696 verlangt nur, daß die Änderung einer früheren Anordnung im Interesse des Kindes *angezeigt* ist. Der Unterschied ist angesichts des Zwecks der beiden Vorschriften und ihrer unterschiedlichen Zielrichtung gerechtfertigt und auch geboten, § 1696 ist – abgesehen von den Fällen der Übertragung der elterlichen Sorge nach der Ehescheidung (§ 1671) – vor allem in Fällen anzuwenden, in denen es um eine *Milderung* oder *Beschränkung* einer die Ausübung der elterlichen Sorge einschränkenden gerichtlichen Maßnahme oder An-

ordnung geht. S 3 bedeutet also, daß für die Änderung der früheren Entscheidung strengere Anforderungen gegeben sein müssen, als gemäß § 1696 (ebenso schon GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 64; sowie SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 12; GERNHUBER § 58 III 6; anders MünchKomm-HINZ Rz 13; wohl auch BayObLGZ 1975, 420, 429; BayObLG FamRZ 1976, 539, 543 – unter Verkennung der verschiedenen Zweck- und Zielrichtung der beiden Vorschriften –). Ein Verschulden der Mutter erfordert S 3 nicht. Andererseits sind die Voraussetzungen des § 1666 Abs 1 nicht notwendig (so wohl allgM).

Die Voraussetzung des S 3 ist ggf zu bejahen, wenn sich nachträglich herausstellt, 34 daß die Aufhebung oder Beschränkung der Pflegschaft zu Unrecht angeordnet worden war (s schon Begründung des RegE, Rz 32, ebenso MünchKomm-HINZ Rz 14), oder vor allem, wenn sich die der früheren Entscheidung zugrundeliegenden Verhältnisse wesentlich geändert haben (s schon oben Rz 32), wobei aber zu beachten ist, daß es sich um eine *Änderung der Verhältnisse* handeln muß, *die mit den in § 1706 Nr 1–3 erwähnten Angelegenheiten zusammenhängen*, daß also die der Mutter durch die frühere Entscheidung zusätzlich (zu den ihr schon gemäß § 1705 zustehenden Befugnissen und Pflichten) übertragenen Aufgaben und Befugnisse von nachträglichen Änderungen ihrer Verhältnisse berührt und beeinflusst werden. Dies wird weitgehend übersehen (auch schon in der Begründung des RegE, ebenso zB von MünchKomm-HINZ aaO und PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 4). Der Umstand, daß die Mutter etwa wegen ihrer nun notwendig gewordenen beruflichen Tätigkeit das Kind nicht mehr selbst versorgen kann, zB weil ihre Ehe gescheitert oder geschieden ist, ihr Ehemann gestorben ist, ihre Eltern, die das Kind (mit-)versorgt haben, dazu nicht mehr in der Lage sind oder gestorben sind, bedeutet keineswegs, daß hierdurch die *gesetzliche Vertretung* des Kindes in Angelegenheiten aus dem Bereich des § 1706 (die der Mutter gemäß S 1, 2 übertragen worden war durch entsprechende Beschränkung der Pflegschaft) beeinträchtigt ist, das Wohl des Kindes also eine Änderung erheischt.

War zB die Pflegschaft zu § 1706 Nr 1 aufgehoben worden, nachdem die Vaterschaft 35 durch Anerkennung festgestellt worden war (§ 1600 a), und ficht nun der Mann die Anerkennung an, so bedeutet dies nicht in jedem Falle, die Amtspflegschaft müsse zur Vertretung des Kindes (§ 1600 I Abs 1) „wiederhergestellt“ werden.

War die Pflegschaft zB zu § 1706 Nr 2 aufgehoben worden, da der Unterhalt des 36 Kindes als sichergestellt beurteilt wurde – etwa angesichts des Umstandes, daß die Eltern des Kindes in einer eheähnlichen Gemeinschaft leben – und ändern sich die Verhältnisse – wenn zB in dem erwähnten Falle die nichteheliche Gemeinschaft zerbrochen und die Mutter des Kindes nun in eine schwierige Situation geraten ist –, so kommt es ebenfalls auf die Umstände des Einzelfalles an, ob das Wohl des Kindes die „Wiederherstellung“ der Amtspflegschaft erfordert. ZB ist auch die Arbeitslosigkeit der Mutter allein kein Grund zu einer Änderung.

Hat die Mutter ihre frühere berufliche Tätigkeit aufgegeben oder durch Kündigung 37 des Arbeitgebers verloren und betätigt sie sich als „Modell“ oder „Hostess“ oder „Gesellschafterin“ und dgl, so ist damit nicht gesagt, die frühere Aufhebung oder Beschränkung der Pflegschaft müsse rückgängig gemacht werden. Eine andere Frage ist, ob das Wohl des Kindes gefährdet ist und das VormG gemäß § 1666 Abs 1 eingreifen muß.

3. Die neue Entscheidung

38

War durch eine Anordnung gemäß S 1 die Pflegschaft ganz oder teilweise aufgehoben worden und wird diese Entscheidung gemäß S 3 wieder aufgehoben, so tritt damit nicht automatisch die Amtspflegschaft der §§ 1706, 1709 ein; vielmehr muß

das VormG das Jugendamt wieder zum Pfleger bestellen, wenn es zuvor Pfleger war oder für bestimmte Angelegenheiten noch ist (s GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 64; BayObLG FamRZ 1976, 539, 543; MünchKomm-HINZ Rz 15; ERMAN-HOLZHAUER Rz 3). Eine Zustimmung des Jugendamtes ist dazu nicht erforderlich (vgl § 1791 b iVm § 1915; § 45 S 1 JWG), doch ist das Jugendamt in dem Verfahren (S 3) zu hören (s unten Rz 46). Der Pfleger erlangt damit wieder die Befugnisse, die ihm zuvor gemäß § 1706 in dem betreffenden Umfange zustanden.

- 39 War früher eine einzelne Person oder ein Verein Pfleger gewesen, so ist diese bzw der Verein ggf wieder zu bestellen (vgl §§ 1915, 1916 iVm §§ 1779, 1785, 1786, 1791 a), letzterer mit seiner Zustimmung (§ 1791 a Abs 1 S 2 HS 2). Stets ist zuvor das Jugendamt zu hören (§§ 1915, 1779 Abs 1).
- 40 Ggf kann mit der neuen Entscheidung nach S 3 eine Anordnung gemäß § 1666 verbunden werden (vgl auch zur Zuständigkeit Rz 42).

IV. Verfahren

- 41 1. Sachlich **zuständig** ist stets das AmtsG als VormG (vgl § 35 FGG). Funktionell zuständig für die Anordnungen gemäß S 1 und S 3 ist der Rechtspfleger (§ 3 Nr 2 a iVm § 14 RPflG), da in § 14 RPflG keine Ausnahmen vorgesehen sind. Im württembergischen Rechtsgebiet des Landes Baden-Württ ist der Notar zuständig (§ 36 LF GG), da in § 37 keine entsprechenden Ausnahmen vorgesehen sind. Dagegen ist für Anordnungen gemäß § 1666 der Richter zuständig (§ 14 Nr 8 RPflG, bzw § 37 Abs 1 Nr 13 LF GG im württ Rechtsgebiet).
- 42 Ist gleichzeitig ein Verfahren gemäß S 3 und gemäß § 1666 anhängig, so sind § 5 Abs 1 Nr 4, § 6 RPflG anzuwenden (s dazu HERBST in BASSENGE-HERBST, FGG, RPflG [3. Aufl 1981]).
- 43 Die **örtliche Zuständigkeit** bestimmt sich in den Verfahren nach S 1 Nr 2 und 3 gemäß § 36 Abs 4 iVm Abs 1, 2 FGG, insbes nach dem Wohnsitz des Kindes (vgl dazu § 11), ebenso JANSEN FGG § 36 a Rz 10; PALANDT-DIEDERICHSEN § 1707 Anm 4; Münch-Komm-HINZ § 1707 Rz 16.

Für den Fall einer Anordnung nach S 1 Nr 1 fehlt eine gesetzliche Regelung (!); hier dürfte § 40 FGG **analog** anzuwenden sein (s GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 66; DRiZ 1970, 177, 183 – anders, für eine analoge Anwendung des § 36 a FGG JANSEN Rz 10; KEIDEL-KUNTZE Rz 6; BASSENGE Anm 1 a je zu § 36 a; zur Systemwidrigkeit dieser Vorschrift s indes § 1708 Rz 10 –). Damit werden die bei der Anwendung des § 36 a entstehenden Schwierigkeiten (s § 1708 Rz 11) vermieden.

- 44 2. Das Verfahren nach S 1 ist nur **auf Antrag** einzuleiten; wird der Antrag wieder zurückgenommen, so ist das Verfahren erledigt.

Antragsberechtigt ist nur die Mutter (im eigenen Namen), also nicht das Jugendamt (OLG Schleswig DAVorm 1974, 668), auch nicht als gesetzlicher Vertreter des Kindes. Die Amtspflegschaft kann also nicht von Amts wegen aufgehoben werden; § 1919 kann nicht entsprechend angewendet werden (anders und unhaltbar AmtsG Hamburg FamRZ 1971, 43 m ablehn Anm GÖPPINGER). In dem in Rz 10 behandelten Falle ist auch eine minderjährige Mutter als antragsberechtigt anzusehen.

- 45 Das Verfahren nach S 3 wird **von Amts wegen** eingeleitet, ohne daß es eines Antrags bedarf; es genügt zB eine Anregung des Jugendamtes (s § 48 S 2 JWG).
- 46 3. **Verfahrensbeteiligte** sind im Verfahren nach S 1 die *Mutter als Antragstellerin*, im Verfahren nach S 3 *als Betroffene*, in beiden Verfahren das *Kind*, vertreten durch den gesetzlichen Vertreter, und der *Pfleger* (regelmäßig der Amtspfleger, das Jugendamt, § 1709).

Der **Vater** ist gemäß § 50 a Abs 2 FGG nur zu hören, wenn von seiner Anhörung eine 47
Aufklärung zu erwarten ist; er ist auch nicht verfahrensbeteiligt. Er ist indes zu
hören, wenn die erwähnte Voraussetzung vorliegt, zB wenn die Eltern des Kindes
zusammenleben.

Besonders wichtig ist die persönliche, mündliche **Anhörung der Mutter** (in beiden 48
Verfahren), s dazu zB LG Berlin DAVorm 1982, 697 und OLG Hamm NJW 1984,
617 = FamRZ 1984, 99 = Rpfleger 1983, 485. Regelmäßig ist eine eingehende
Anhörung dringend geboten, über die Motive der Mutter zu ihrem Antrag und ihre
persönlichen Verhältnisse, die etwaige berufliche Tätigkeit, ob der Unterhalt des
Kindes sichergestellt ist, wenn sie den Namen des als Vater in Betracht kommenden
Mannes nicht angibt, ob sie diesen nicht kennt oder ob sie ihn kennt, aber nicht
angeben will. Sollte sie ihn nicht kennen (vgl die vom LG Itzehoe DAVorm 1972,
506 und OLG Hamm aaO entschiedenen Fälle), so sollte die Mutter dem Gericht
wenigstens andeutungsweise die Umstände und Gründe für ihren Standpunkt an-
geben, um diesem die Beurteilung zu ermöglichen, ob die Wirkungsbereiche des
§ 1706 ohne Schaden für das Kindeswohl in die Hände der Mutter gelegt werden
können, wenn unklar ist, ob sie bereit und willens ist, dem Kinde die gegen seinen
Vater zustehenden Rechte zu sichern (vgl LG Berlin DAVorm 1982, 697, 699; s auch
LG Berlin DAVorm 1980, 424 zu dem Falle, daß die Mutter zwar einen Namen
nennt, aber ohne nähere Angaben über ihre Beziehungen zu diesem).

Darauf hinzuweisen ist noch, da die Mutter in dem Verfahren des *S 1*, in dem sie 49
weitere Befugnisse im Bereich der elterlichen Sorge über die ihr schon zustehenden
begehrt, nicht etwa als nichtsorgeberechtigt iS des § 50 a Abs 2 FGG behandelt
werden darf (KG FamRZ 1981, 709; OLG Hamm aaO).

Im Verfahren des *S 3* ist die Mutter „Betroffene“ und als solche, ähnlich wie in 50
Verfahren des § 1666, zu hören über ihre jetzige Situation, die rechtserheblichen
tatsächlichen Umstände, die eine Änderung der früheren Anordnung begründen.

Hat das Kind schon das 14. Lebensjahr vollendet, so ist es ebenfalls persönlich an- 51
zuhören (§ 50 b Abs 2 S 1 FGG zu Angelegenheiten der Personensorge).

4. Die erforderlichen **Ermittlungen** hat das Gericht von Amts wegen vorzunehmen 52
(§ 12 FGG), also ohne daß es auf Beweisanträge Beteiligter ankäme. Gemäß § 48 a
Abs 1 Nr 8 JWG ist das Jugendamt zu hören. Die Anhörung der Beteiligten, insbe-
sondere der Mutter, dient sowohl der Wahrung des **rechtlichen Gehörs** wie auch der
Sachaufklärung.

5. Die **Entscheidung** wird **wirksam** im Falle des *S 1* Nr 1 mit der Bekanntgabe an die 53
Mutter (§ 16 Abs 1 FGG – s dazu auch Rz 8 f –), im Falle des *S 1* Nr 2 und 3 mit der
Bekanntgabe an den Pfleger, im Falle des *S 3* mit der Bekanntgabe an die Mutter,
hinsichtlich der Bestellung des Pflegers mit der Bekanntgabe an diesen.

Wird der Antrag der Mutter (*S 1*) zurückgewiesen, so wird der Beschluß des VormG
wirksam mit der Bekanntgabe an die Mutter.

6. Gegen die Anordnungen nach *S 1* oder *S 3* findet die einfache **Beschwerde** (§ 19 54
FGG) statt, mithin, wenn der Rechtspfleger entschieden hat (s Rz 41), die unbefristete
Erinnerung (§ 11 RPflG, s JANSEN FGG § 36 a [Anh] Rz 12); zum württ
Rechtsgebiet s § 5 LFGG iVm § 19 FGG.

Wird der *Antrag der Mutter zurückgewiesen*, so steht nur ihr ein Beschwerderecht zu 55
(§ 20 Abs 2 FGG), nicht etwa dem Jugendamt (als Pfleger im Falle des *S 1* Nr 2 und 3
oder als Organ der öffentlichen Jugendhilfe); die Regelung des § 20 Abs 2 FGG iVm
§ 1707 S 1 ist *lex specialis* (s KG NJW 1972, 113 = FamRZ 1971, 656 = ZblJugR
1972, 395; OLG Schleswig DAVorm 1974, 668; anders und unhaltbar LG Itzehoe

DAVorm 1972, 506: wenn das Jugendamt geltend mache, ohne gesetzlichen Grund zu den Pflegschaftsaufgaben herangezogen zu werden).

- 56** Gegen die Anordnung nach S 1 können sich Beschwerderechte aus § 57 Abs 1 Nr 3 und 9 FGG ergeben; so kann auch die Mutter gemäß Nr 3 Beschwerde erheben mit der Begründung, sie habe keinen Antrag gestellt, oder mit dem Begehren, den Antrag zurückzunehmen (s JANSEN § 36 a Anh Rz 12). Beschwerdeberechtigt sind gemäß Nr 9 Dritte im Interesse des Kindes, wenn sie befugt sind, dieses Interesse wahrzunehmen, auch das *Jugendamt* als Organ der öffentlichen Jugendhilfe – § 2 JWG – (OLG Karlsruhe FamRZ 1972, 95; GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 66); das Kind ist gegen Anordnungen nach S 1 Nr 2, 3 ebenfalls beschwerdeberechtigt (§ 20 Abs 1 FGG), wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat (§ 59 FGG), der Pfleger selbst dagegen nicht, weder im eigenen Namen noch namens des Kindes (JANSEN aaO). Der *nichteheliche Vater* ist ebenfalls nicht beschwerdeberechtigt; dessen etwaiges Interesse daran, daß das Kind statt von der Mutter von einem Pfleger vertreten werde, kann nicht als rechtliches Interesse iS des § 57 Abs 1 Nr 9 FGG anerkannt werden (JANSEN aaO).
- 57** Wird der *Antrag der Mutter teilweise zurückgewiesen*, also der Wirkungskreis des Pflegers beschränkt, im übrigen die Pflegschaft aufrechterhalten, so ist die Mutter gegen die teilweise Zurückweisung und ein Dritter, insbesondere das Jugendamt (§ 2 JWG), gegen die teilweise Aufhebung beschwerdeberechtigt.

§ 1708

Schon vor der Geburt des Kindes kann das Vormundschaftsgericht zur Wahrnehmung der in § 1706 genannten Angelegenheiten einen Pfleger bestellen. Die Bestellung wird mit der Geburt des Kindes wirksam.

NEhelG Art 1 Nr 25

1 I. Grundsätzliches

Die Regelung hängt mit dem Grundsatz zusammen, daß eine von einer bestimmten einzelnen Person ausgeübte Pflegschaft, ggf auch eine Vereinspflegschaft, Vorrang vor der Amtspflegschaft (§ 1709), dh der durch eine staatliche Behörde ausgeübten Pflegschaft haben soll (s §§ 39 a, 39 b JWG, §§ 1887, 1889 Abs 2, 1915, s auch § 1791 b iVm § 1915). Dieser Grundsatz hängt wiederum mit dem verfassungsrechtlichen Prinzip zusammen, daß staatliche Hilfe erst eintreten soll, wenn eine andere Hilfe nicht vorhanden ist (vgl zur Jugendhilfe und zu Art 6 vor allem Abs 2 GG MAUNZ in MAUNZ-DÜRIG-SCHOLZ Art 6 Rz 32).

- 2** In der *Begründung des RegE* (BT-Drucks V/2370, 66; JANSEN-KNÖPFEL 270) ist – zur damals vorgesehenen Beistandschaft – dargelegt, könne eine Einzelperson gefunden werden, so wäre es ein überflüssiger Umweg, wenn zunächst das Jugendamt kraft Gesetzes tätig wäre und danach durch eine Einzelperson ersetzt würde; es sei vielfach zweckmäßig, wenn ein Beistand schon vor der Geburt des Kindes bestellt würde. Es könne erforderlich sein, bereits vor der Geburt Maßnahmen zugunsten des Kindes zu treffen, etwa den Vater zu ermitteln und ihn aufzufordern, die Vaterschaft anzuerkennen und sich zur Zahlung des Unterhalts zu verpflichten. Werde die Vaterschaft vor der Geburt anerkannt, so sei es für das Kind vorteilhaft, wenn es einen Vertreter erhalte, der der Anerkennung alsbald zustimmen könne. Endlich könne schon vor der Geburt eine einstweilige Verfügung über den Unterhalt beantragt werden. Für solche Fälle sehe § 1912 die Bestellung eines Pflegers vor. In der Regel sei es zweckmäßig, wenn derjenige als Pfleger bestellt werde, der mit der Geburt des Kindes Beistand oder Vormund werde.

Indes sind diese Ausführungen zT unklar und wenig überzeugend, eben da die Pflegschaft erst mit der Geburt des Kindes wirksam werden kann, der Pfleger vorher gar nicht tätig werden kann (vgl zur Anerkennung der Vaterschaft § 1600 b Rz 13, § 1600 c Rz 14, sowie auch § 1706 Rz 7).

Richtig ist wohl, daß wenn die Bestellung eines Pflegers für das ungeborene Kind (§ 1912) erforderlich oder zweckmäßig ist, es auch zweckmäßig ist, daß die gleiche Person dann die Befugnisse des § 1706 nach der Geburt wahrnimmt (ebenso Münch-Komm-HINZ Rz 2; GERNHUBER § 58 III 3). Im Hinblick auf die verschiedenen Zuständigkeitsbereiche des Pflegers gemäß § 1912 – nur für die Zeit bis zur Geburt des Kindes, § 1918 Abs 2 – und des Pflegers nur für die Zeit von der Geburt an (§ 1708 S 2) – kann es zweckmäßig sein, gleichzeitig beide Anordnungen zu erlassen (s auch den in § 1706 Rz 7 erwähnten, vom BayObLG – s vor allem BayObLGZ 1983, 67, 71 – entschiedenen Fall).

Soweit ersichtlich, hat die Vorschrift des § 1708 keine oder fast keine praktische Bedeutung gewonnen; eine spezielle Entscheidung dazu ist nicht bekannt geworden.

Zur analogen Anwendung des § 1708 iVm §§ 39 a, 39 b JWG s § 1710 Rz 7.

II. Voraussetzungen der Bestellung

1. Zum Pfleger kann eine **Einzelperson** oder ein Verein (vgl §§ 1791 a, 1915) bestellt werden, nicht die Mutter und nicht das Jugendamt. Die Bestellung einer Einzelperson hat Vorrang vor der eines Vereins (§ 1791 a Abs 1 S 2).

Für die Bestellung der Einzelperson gelten die allgemeinen Vorschriften (§§ 1915, 1916 iVm §§ 1779, 1785, 1786).

2. **Voraussetzung** für die Bestellung des Pflegers ist, daß mit der Geburt eines *nicht-ehelichen Kindes* zu rechnen ist (was zB nicht der Fall ist, wenn die Mutter inzwischen (ggf einen anderen Mann) heiratet – s auch § 1600 b Rz 14 –), ferner daß keine Anordnung nach § 1707 S 1 Nr 1 ergangen ist und daß die Mutter bei der Geburt volljährig und voll geschäftsfähig ist – denn andernfalls wäre für das Kind ein Vormund erforderlich (s § 1710 Rz 1, 4) –.

III. Verfahren

1. Zur Einleitung des Verfahrens bedarf es keines ausdrücklichen Antrags der Mutter oder des Jugendamtes; es genügt eine Anregung, worin praktisch freilich kein wesentlicher Unterschied besteht (vgl auch §§ 1707 S 1, 1912 Abs 1 S 2). Allerdings gehört das Verfahren nicht zu den Antragsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nimmt die Mutter zB ihre Anregung zurück oder verzichtet sie auf eine Anordnung gemäß § 1708, so ist das Verfahren einzustellen.

2. Sachlich **zuständig** für die Entscheidung ist das VormG (vgl § 35 FGG), funktionell zuständig ist der Rechtspfleger (§ 3 Nr 2 a RPflG), im württ Rechtsgebiet des Landes Baden-Württ der Notar (§ 36 iVm § 37 LF GG).

Örtlich zuständig ist das VormG, in dessen Bezirk die *Mutter* zu der Zeit, zu der das Gericht mit der Angelegenheit befaßt wird, ihren Wohnsitz oder bei Fehlen eines inländischen, dh in der Bundesrepublik einschließlich West-Berlin gelegenen, Wohnsitzes ihren Aufenthalt hat (§ 36 a S 1 FGG), ggf das AmtsG Schöneberg in Berlin (§ 36 a S 2 iVm § 36 Abs 2 FGG).

Die Regelung des § 36 a S 1 ist freilich als recht unglücklich zu bezeichnen, da sie systemwidrig an den Wohnsitz oder Aufenthalt der *Mutter*, nicht des Kindes, anknüpft (vgl dagegen §§ 36, 40, 43 FGG), s dazu GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 65; DRiZ 1970, 177, 183; und vor allem JANSEN § 36 a Rz 4 – im RegE (BT-Drucks V/3719) war eine dem § 40 FGG entsprechende Regelung vorgeschlagen; die Fassung, die Gesetz geworden ist, beruht auf den Vorschlägen des Bundesrats (BT-Drucks aaO 80) und dann des Rechtsausschusses des BT (BT-Drucks V/4179) –.

- 11 Die Vorschrift des § 36 a S 1 hat zur Folge, daß wenn eine Mutter mehrere nicht-eheliche Kinder hat, die unter Pflegschaft stehen (oder ein eheliches Kind, für das gemäß § 1671 Abs 5 ein Pfleger bestellt worden war), die Vorschrift des § 36 Abs 1 S 2 FGG (Geschwistergerichtsstand) nicht anwendbar ist und daß Schwierigkeiten entstehen können, wenn zugleich ein Antrag gemäß § 1912 gestellt wird (s auch oben Rz 2 f) oder wenn gemäß § 1707 S 1 Nr 1 beantragt wird, von der Pflegschaft bestimmte Angelegenheiten auszunehmen (s § 1707 Rz 7), zB § 1706 Nr 2, wenn der Unterhalt des Kindes gesichert ist (s auch § 1707 Rz 43 zur örtlichen Zuständigkeit); so müßte ggf der Umweg über § 46 FGG (Abgabe des Verfahrens mit allen hierbei etwa entstehenden Schwierigkeiten bei Streit über die Zuständigkeit, s § 5 FGG) beschritten werden (s auch JANSEN aaO).
- 12 3. Im Verfahren ist die **Mutter** persönlich zu **hören** (§ 50 a Abs 1 S 1,2 FGG); § 50 a Abs 2 FGG dürfte hier nicht anzuwenden sein, auch wenn die Mutter – vor der Geburt des Kindes – ja noch nicht sorgeberechtigt ist und sein kann (vgl auch zu § 1707 S 1 dort Rz 49).
- 13 Zu hören sind ebenfalls das **Jugendamt** (vgl §§ 1779 Abs 1, 1915) – ebenso MünchKomm-HINZ Rz 3; in § 48 a Abs 1 JWG ist dieser Fall nicht erwähnt –, sowie ggf Verwandte (s §§ 1779 Abs 3, 1915).
- 14 **Ermittlungen** hat das VormG gemäß § 12 FGG von Amts wegen anzustellen.
- 15 4. Die **Entscheidung** wird mit der Geburt des Kindes wirksam (S 2). Vorher muß aber die Bestellungsverfügung durch Bekanntgabe an den Pfleger und die Verpflichtung (§ 16 Abs 1 FGG; §§ 1789 S 1, 1915) wirksam geworden sein; geschieht dies erst nach der Geburt, so war mit der Geburt die Amtspflegschaft eingetreten, so daß sich nun die Frage stellt, ob die Anordnung als entsprechende Aufhebung der Amtspflegschaft zu behandeln ist (vgl auch zu § 1707 S 1 Nr 1 dort Rz 9); JANSEN (§ 36 a Rz 7) nimmt offenbar an, es seien nun §§ 1887, 1889 Abs 2, 1915 anzuwenden.
- 16 Die Anordnung nach § 1708 ist aber gegenstandslos bei Totgeburt, Fehlgeburt oder Tod der Mutter vor der Entbindung, ebenso wenn die Mutter inzwischen geheiratet hat (s auch oben Rz 6 und JANSEN aaO).
- 17 Werden *mehrere Kinder* geboren, so erstreckt sich die Anordnung auf alle.
- 18 5. Gegen die Entscheidung findet die einfache (unbefristete) **Beschwerde** bzw **Erinerung** statt (§§ 19 FGG, 11 RPflG).
- 19 Bei Ablehnung der Bestellung eines Pflegers ist zur *Beschwerdeberechtigung* § 57 Abs 1 Nr 3 FGG anzuwenden (so KEIDEL-KUNTZE § 36 a Rz 10; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2); zT wird auch die Anwendbarkeit des § 57 Abs 1 Nr 9 bejaht (MünchKomm-HINZ Rz 6; JANSEN § 36 a Rz 9).
- 20 Bei Anordnung der Pflegschaft wird zT die Anwendung des § 20 Abs 1 FGG bejaht (KEIDEL-KUNTZE aaO; PALANDT-DIEDERICHSEN aaO; anders JANSEN aaO), zT die des § 57 Abs 1 Nr 9 FGG (so MünchKomm-HINZ aaO). Hier verneint JANSEN (aaO) überhaupt ein Beschwerderecht, was KUNTZE (aaO Fn 8) für zweifelhaft hält.
- 21 Gegen die Auswahl des Pflegers ist beschwerdeberechtigt, wer im Interesse des noch ungeborenen Kindes die Angelegenheit wahrzunehmen befugt ist (§ 57 Abs 1 Nr 9 FGG), ebenso JANSEN aaO, und § 20 Rz 31.

§ 1709

Mit der Geburt des Kindes wird das Jugendamt Pfleger. Dies gilt nicht, wenn bereits vor der Geburt ein Pfleger bestellt oder angeordnet ist, daß eine Pflegschaft nicht eintritt, oder wenn das Kind eines Vormunds bedarf. § 1791 c Abs 1 Satz 2, Abs 3 gilt entsprechend.

NEhelG Art 1 Nr 25

Systematische Übersicht

I. Grundsätzliches, Bedeutung der Regelung

1. Unterschiede zum früheren Recht 1
2. Zusammenhang mit §§ 1705, 1706 2
3. Eintritt der Amtspflegschaft 3
4. Anwendungsbereich, § 40 JWG 11

II. Das Jugendamt als Amtspfleger

1. Allgemeines 12
2. Zuständigkeit des Jugendamtes 15
3. § 37 JWG 18
4. § 38 Abs 3 JWG 20
5. Beendigung der Amtspflegschaft 21
6. Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts 22

I. Grundsätzliches, Bedeutung der Regelung

1. Nach früherem Recht bestand für alle minderjährigen unehelichen Kinder Amtsvormundschaft (s Vorauf § 1707 Rz 39 ff) – soweit sie nicht nach der am 1. 1. 1962 in Kraft getretenen Regelung des § 1707 Abs 2 beschränkt oder aufgehoben worden ist (s Vorbem 2 zu § 1705, § 1707 Rz 1) –. Das neue am 1. 7. 1970 in Kraft getretene Recht näherte die Rechtsstellung der Mutter an die der ehelichen Mutter an und löste die Amtsvormundschaft durch die Amtspflegschaft ab (s Vorbem 13, 21 f zu § 1705; § 1705 Rz 4), die auf einzelne näher bezeichnete Angelegenheiten (s § 1706) beschränkt ist.

2. § 1709 hängt mit §§ 1705 und 1706 zusammen. Die Zuständigkeit und die Befugnisse des Jugendamtes als Amtspfleger sind auf die in § 1706 geregelten Angelegenheiten beschränkt (s Vorbem 22 zu § 1705; § 1706 Rz 2).

Amtspfleger wird das Jugendamt (§ 37 S 1 JWG).

3. Eintritt der Amtspflegschaft

a) Sie tritt kraft Gesetzes automatisch mit der Geburt des nichtehelichen Kindes ein (S 1, ferner s § 40 Abs 1 S 1 JWG), es sei denn, daß bereits vor der Geburt des Kindes ein Einzelpfleger (oder ein Verein als Pfleger) bestellt wurde (s § 1708, Näheres dort) oder daß angeordnet wurde, die Pflegschaft trete nicht ein (§ 1707 S 1 Nr 1, s dort Rz 5, 14 ff), oder daß das Kind eines Vormunds bedarf (s § 1705 Rz 21, § 1710 Rz 4) – § 1709 S 2, sowie § 40 Abs 2 JWG –.

Die Amtspflegschaft tritt aber auch *erst mit der Geburt des Kindes* ein; vor der Geburt kann der Amtspfleger nicht tätig werden. Zur Wahrnehmung von Angelegenheiten für das noch ungeborene Kind s § 1706 Rz 7, § 1708 Rz 2 f.

Das Jugendamt hat indes *als Organ der öffentlichen Jugendhilfe* gegenüber einer werdenden Mutter mit deren Einverständnis bestimmte Aufgaben (§ 52 JWG, s § 1706 Rz 8).

b) Die Amtspflegschaft tritt ferner kraft Gesetzes automatisch ein, wenn die Nicht-ehelichkeit eines „scheinehelich“ geborenen Kindes (§ 1593) rechtskräftig festgestellt ist (vgl auch zum letzteren § 640 h Abs 1 ZPO), s § 40 Abs 3 JWG (ausdrücklich), sowie § 1709 S 3 iVm § 1791 c Abs 1 S 2.

- 7 In § 40 Abs 3 JWG ist noch der Vorbehalt enthalten, daß das Kind eines Pflegers bedarf. Indessen kann damit nicht gemeint sein, es könne gemäß § 1707 S 1 Nr 1 (bzw in analoger Anwendung) angeordnet werden, die Pflegschaft trete nicht ein (s auch POTRYKUS § 40 Anm 8, sowie § 1707 Rz 11).
- 8 § 40 Abs 3 JWG und § 1709 S 3 iVm § 1791 c Abs 1 S 2 sind ferner anzuwenden, wenn ein Kind nach Anerkennung der Vaterschaft (§§ 1600 a ff) durch nachfolgende Eheschließung des Mannes mit der Mutter des Kindes legitimiert wurde (§ 1719) oder für ehelich erklärt wurde (§§ 1723, 1740 a) *und* die Anerkennung der Vaterschaft mit Erfolg angefochten und festgestellt wurde, daß der Mann nicht der Vater des Kindes ist (§ 1600 f Abs 1, 2. Alt, s § 1593 Rz 8, § 1600 h Rz 2 Abs 2, § 1600 i Rz aE, § 1719 Rz 50, § 1735 Rz 4, 19, § 1740 a Rz 14).
- 9 Der Feststellung der Nichtehelichkeit steht weiterhin der Fall gleich, daß der Ehemann der Mutter rechtskräftig für tot erklärt wird *und* das Kind später als 302 Tage nach dem in der Todeserklärung festgestellten Todeszeitpunkt geboren ist (s § 1591 Rz 12).
- 10 Dagegen tritt die Amtspflegschaft nicht ein, wenn ein nichteheliches Kind adoptiert worden war (§ 1741 Abs 2, 3) und später die Adoption aufgehoben wurde (§ 1764 Abs 4, s dazu auch Vorbem 52 zu § 1705).

11 4. Anwendungsbereich, § 40 JWG

§ 40 JWG ergänzt § 1709 insofern, als dort in Abs 1 S 1 als Voraussetzung bestimmt ist, daß die Mutter des Kindes Deutsche iS des GG ist, dh iS des Art 116 GG, und ferner in Abs 1 S 2, daß die Mutter staatenlos oder heimatlose Ausländerin iS des Gesetzes über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bundesgebiet v 25. 4. 1951 (BGBl I 269) oder Flüchtling iS des Abkommens v 28. 7. 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (BGBl 1953 II 559) oder als Asylberechtigte nach § 28 AuslG anerkannt ist und wenn sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich des JWG, dh im Bundesgebiet einschließlich West-Berlin, hat.

Zum Haager Minderjährigenschutz-Übereinkommen s KROPHOLLER Vorbem 293, 295 zu Art 18 EGBGB; BayObLGZ 1978, 325; LG Saarbrücken DAVorm 1981, 411.

II. Das Jugendamt als Amtspfleger

- 12 1. a) Die (tatsächliche) Durchführung der Amtspflegschaft nach deren Eintritt kraft Gesetzes wird durch folgende Vorschriften gewährleistet: Gemäß § 44 S 1 JWG hat der Standesbeamte nach der Anzeige der Geburt eines nichtehelichen Kindes unverzüglich dem Jugendamt hiervon Mitteilung zu machen; das Jugendamt hat diese Mitteilung unverzüglich an das VormG weiterzuleiten und diesem den Eintritt der Pflegschaft mitzuteilen (s ferner § 48 FGG – diese Vorschrift ist so zu verstehen, daß die hiernach dem VormG zuzuleitende Mitteilung über das Jugendamt gehen soll –).
- 13 Die erwähnten Vorschriften gelten auch für den Fall, daß nachträglich die Nichtehelichkeit eines Kindes festgestellt wird (zur Pflicht des Gerichts, dem Standesbeamten eine beglaubigte Abschrift der betreffenden Entscheidung zu übersenden, s § 1599 Rz 49 m Hinw auf § 30 Abs 2 PStG, § 27 AVOPStG).

§ 44 JWG ist übrigens auch auf Kinder ausländischer Staatsangehörigkeit anzuwenden; dem Jugendamt und dem VormG obliegt dann die Prüfung, ob Amtspflegschaft eingetreten ist (s POTRYKUS JWG § 44 Anm 2).

b) Nach dem Eintritt der Amtspflegschaft hat das VormG dem Jugendamt unverzüglich eine diesbezügliche Bescheinigung zu erteilen; eine Bestallung erhält das Jugendamt nicht (§ 1709 S 3 iVm § 1791 c Abs 3). 14

2. Für die (Amts-)Pflegschaft ist das Jugendamt zuständig, in dessen Bezirk das Kind geboren ist (§ 42 Abs 1 JWG), im Falle des § 40 Abs 3 JWG (s Rz 6) das Jugendamt, in dessen Bezirk das Kind in dem Zeitpunkt, in dem die Entscheidung rechtskräftig wird, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder sich tatsächlich aufhält (§ 42 Abs 2 JWG). War ein nichteheliches Kind, dessen Mutter die Voraussetzungen des § 40 Abs 1 JWG erfüllt, außerhalb des Bundesgebiets (einschließlich West-Berlin) geboren und nimmt es seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet (s § 40 Abs 4 JWG), so ist das Jugendamt zuständig, zu dessen Bezirk dieser Aufenthaltsort gehört (§ 42 Abs 3 JWG). 15

Gemäß § 43 Abs 1 JWG soll das die Pflegschaft führende Jugendamt, sobald es das Wohl des Kindes erfordert, die Weiterführung der Pflegschaft bei dem Jugendamt eines anderen Bezirks beantragen (§ 43 Abs 1 S 1 JWG). Einen diesbezüglichen Antrag kann bei dem Jugendamt die Mutter oder das Jugendamt des anderen Bezirks oder jeder, der ein berechtigtes Interesse des Kindes geltend macht – nicht der nichteheliche Vater –, stellen (§ 43 Abs 1 S 2 JWG). Bei Streit zwischen den Jugendämtern entscheidet das VormG (§ 43 Abs 2 JWG). Da möglichst das Jugendamt am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes die Pflegschaft führen soll, verlangt das Wohl des Kindes in aller Regel die Abgabe der Pflegschaft, wenn Mutter und Kind nicht nur vorübergehend den Wohnort gewechselt haben (OLG Stuttgart DAVorm 1972, 315; OLG Düsseldorf DAVorm 1973, 627), insbesondere wenn die Abstammung des Kindes und die Unterhaltspflicht des Vaters geklärt sind (BGHZ 70, 52 = NJW 1978, 543 = FamRZ 1978, 103). Solange diese Fragen nicht geklärt sind, ist es freilich nicht sachgemäß und für das Wohl des Kindes nicht förderlich, wenn während des Vaterschaftsprozesses die Federführung auf ein anderes Jugendamt übergehen würde (BGH aaO). Zur Abgabe der Amtspflegschaft und eines Verfahrens nach § 1666 s noch BayObLG FamRZ 1981, 605 = Rpfleger 1981, 63. 16

Die Aufsicht über die Pflegschaft, die dem VormG obliegt (§§ 1915, 1837), kann dieses aus wichtigem Grunde gemäß § 46 Abs 1, 3 FGG an ein anderes VormG abgeben (s hierzu BayObLG Rpfleger 1979, 264 – Wohnsitzwechsel von Mutter und Kind, Übernahme der Amtspflegschaft durch das für den neuen Wohnsitz zuständige Jugendamt, Klärung der Abstammung und der Unterhaltspflicht –; BayObLG Rpfleger 1982, 421 = FamRZ 1982, 1241 LS). 17

3. Das Jugendamt als Amtspfleger (§ 37 S 1 JWG) überträgt gemäß § 37 S 2 JWG die Ausübung seiner Aufgaben (§ 1706) auf einzelne seiner Beamten oder Angestellten. Im Umfang dieser Übertragung ist der jeweils beauftragte Bedienstete zur gesetzlichen Vertretung des Kindes befugt (§ 37 S 3 JWG). 18

Der Bedienstete, der hiermit für ein bestimmtes Kind tätig wird, soll jedoch nicht zugleich als Urkundsperson bei der Beurkundung einer Vaterschaftsanerkennungserklärung oder der Unterhaltsverpflichtung (s § 49 Abs 1 S 1 Nr 1, 2 JWG) tätig werden (§ 49 Abs 1 S 2 JWG; hierzu GÖPPINGER FamRZ 1970, 576, 579 f). 19

4. Die Tätigkeit des Amtspflegers, wenn er über die Unterhaltsbeträge für das Kind verfügt (s § 1706 Rz 46), stellt eine hierauf beschränkte Vermögensverwaltung dar. Gemäß § 38 Abs 3 JWG ist der Amtspfleger zwar von der Pflicht der Rechnungslegung gemäß §§ 1840–1843 befreit; doch hat er gemäß §§ 1915, 1854 Abs 2 je nach der Anordnung des VormG nach Ablauf einer Frist von zwei bis fünf Jahren eine Vermögensübersicht einzureichen. 20

- 21 5. Die Amtspflegschaft **endet** wie jede Pflegschaft (s § 1706 Rz 59), ferner mit ihrer „Umwandlung“ in eine Amtsvormundschaft (s § 1791 c Abs 2, § 41 Abs 2 JWG – s § 1710 Rz 3 –).

Nach der Beendigung der Pflegschaft hat der Amtspfleger über die Vermögensverwaltung (s Rz 20) *Rechenschaft abzulegen* und die Abrechnung (zB über die eingegangenen oder beigetriebenen und an die Mutter, ggf an einen Dritten – § 1706 Nr 2 HS 2 –, abgelieferten Unterhaltsbeträge und die noch offenen Beträge, dh die Rückstände) dem VormG einzureichen (s dazu OLG Stuttgart Rpfleger 1979, 61).

- 22 6. Soweit das **VormG** hinsichtlich der Ausübung der Amtspflegschaft tätig wird (s die oben Rz 14, 16 f, 20 f erwähnten Beispiele), ist der Rechtspfleger zuständig (§ 3 Nr 2 a RPfLG), im württ Rechtsgebiet des Landes Baden-Württ der Notar (§§ 36, 37 LFGG).

§ 1710

Steht ein nichteheliches Kind unter Vormundschaft und endet die Vormundschaft kraft Gesetzes, so wird der bisherige Vormund Pfleger nach § 1706, sofern die Voraussetzungen für die Pflegschaft vorliegen.

NEhelG Art 1 Nr 25

1 I. Grundsätzliches, Zweck der Vorschrift

Die Regelung hängt mit den Vorschriften der §§ 1708, 1709 zusammen und ergänzt diese; § 1710 regelt einen weiteren Fall des Eintritts der Pflegschaft kraft Gesetzes mit den Zuständigkeiten und Befugnissen gemäß § 1706, nämlich wenn – dies ist der praktisch wichtigste Fall – zunächst Amtsvormundschaft bestand (§ 1791 c; § 41 JWG) oder später die Amtsvormundschaft durch einen Einzelvormund oder Verein (§ 1791 a) abgelöst wurde (§ 1887, §§ 39 a Abs 1, 39 b JWG) oder wenn von vornherein ein Vormund vor der Geburt bestellt worden war (§ 1774 S 2) und dann die Vormundschaft kraft Gesetzes beendet wird, da ihre Voraussetzungen weggefallen sind (§§ 1882, 1773).

- 2 Die Vorschrift des § 1710 dient damit der Vereinfachung; sie vermeidet, daß die Vormundschaft beendet wird und dann durch eine gerichtliche Anordnung ein Pfleger bestellt werden müßte (s Begründung des RegE BT-Drucks V/2370, 66; JANSEN-KNÖPFEL 273). So dient die Regelung dazu sicherzustellen, daß die seitherige Tätigkeit des gesetzlichen Vertreters des Kindes kontinuierlich ohne Unterbrechung, aber eben beschränkt auf die Befugnisse des § 1706 – die zuvor auch im Vordergrund standen, insbesondere die Feststellung der Vaterschaft und die Regelung des Unterhalts des Kindes –, fortgesetzt werden kann und die Erfahrungen und Kenntnisse des mit den betreffenden Verhältnissen, zB dem Verlauf des Vaterschaftsprozesses, vertrauten Vormunds dem Kinde zugute kommen (ebenso PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1; MünchKomm-HINZ Rz 1; vgl auch zur Abgabe der Vormundschaft oder Pflegschaft [§ 43 JWG] § 1709 Rz 16).

§ 1710 betrifft also die „Umwandlung“ der Vormundschaft in eine Pflegschaft.

- 3 Zum umgekehrten Falle, zur „Umwandlung“ der bestehenden Amtspflegschaft in die Amtsvormundschaft s § 1791 c Abs 2, § 41 Abs 2 JWG, nämlich wenn das Kind eines Vormunds bedarf, da die elterliche Sorge, insbesondere das Vertretungsrecht, infolge beschränkter Geschäftsfähigkeit (§ 114) oder Geschäftsunfähigkeit (§ 104 Nr 2, 3) ruht (§§ 1673 Abs 1, 2, 1773) oder da der Mutter die elterliche Sorge mit dem Vertretungsrecht entzogen wurde (§ 1666, s auch § 1705 Rz 15) oder da die Mutter gestorben ist (s auch § 1705 Rz 23).

II. Voraussetzungen

1. Der praktisch wichtigste Fall der Vormundschaft für das Kind ist der, daß die Mutter bei der Geburt noch minderjährig ist und das Kind daher des Vormunds bedarf (§§ 1673 Abs 2, 1773, s § 1705 Rz 21).

Ferner kommen die Fälle in Betracht, daß die volljährige Mutter beschränkt geschäftsfähig (§ 114) oder geschäftsunfähig (§ 104 Nr 2, 3) ist und deshalb das Kind des Vormunds bedarf (§§ 1673 Abs 1, 2, 1773).

2. Die Voraussetzungen für die Vormundschaft fallen weg (§§ 1882, 1773), wenn die minderjährige Mutter volljährig geworden ist (§ 2) oder die volljährige Mutter die elterliche Sorge wieder erlangt, wenn die Entmündigung aufgehoben worden ist (§ 678 ZPO).

3. Erforderlich ist weiterhin, daß die Voraussetzung für die Pflegschaft (§ 1706) vorliegt, dh, daß keine Anordnung in analoger Anwendung des § 1707 S 1 Nr 1 ergangen ist (s dort Rz 10, 44 aE, 53 iVm 8 f).

4. Der Vormund wird dann nicht Pfleger, § 1710 ist also dann nicht anzuwenden, wenn die minderjährige Mutter im berechtigten Interesse des Kindes oder auch das Jugendamt als Amtsvormund analog §§ 39 a Abs 1, 2, 39 b JWG iVm § 1708 die Bestellung einer anderen als Pfleger geeigneten Person vor Vollendung des 18. Lebensjahres der Mutter beantragt hat und die Entscheidung vor dem erwähnten Zeitpunkt dem neu bestellten Pfleger und dem bisherigen Vormund bekanntgemacht wird (§ 16 FGG, vgl auch § 1707 Rz 8). Die Entscheidung setzt voraus, daß die Bestellung einer anderen Person dem Wohle des Kindes dient (§ 39 a Abs 1 JWG).

III. Zur Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts

1. Die örtliche **Zuständigkeit** bestimmt sich nach § 36 FGG. Funktionell zuständig ist der Rechtspfleger (§ 3 Nr 2 a RPflG), im württ Rechtsgebiet des Landes Baden-Württ der Notar (§§ 36, 37 LFGG).

2. Auf Antrag der Mutter kann das VormG anordnen, daß der **Wirkungskreis des Pflegers** mit dem Beginn seiner Tätigkeit beschränkt wird (§ 1707 S 1 Nr 3).

3. Zur Erteilung der neuen **Bescheinigung für das Jugendamt** s §§ 1709 S 3, 1791 c Abs 3; zur Rückgabe der früheren Bescheinigung oder Bestallung des Einzelmünds (§ 1791 Abs 1) s § 1893 Abs 2; zur Erteilung der neuen Bestallung an den Einzelpfleger s §§ 1791, 1915; s auch zu diesen Fragen GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 64.

§ 1711

Derjenige, dem die Personensorge für das Kind zusteht, bestimmt den Umgang des Kindes mit dem Vater. § 1634 Abs 1 Satz 2 gilt entsprechend.

Wenn ein persönlicher Umgang mit dem Vater dem Wohle des Kindes dient, kann das Vormundschaftsgericht entscheiden, daß dem Vater die Befugnis zum persönlichen Umgang zusteht. § 1634 Abs 2 gilt entsprechend. Das Vormundschaftsgericht kann seine Entscheidung jederzeit ändern.

Die Befugnis, Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes zu verlangen, bestimmt § 1634 Abs 3.

In geeigneten Fällen soll das Jugendamt zwischen dem Vater und dem Sorgeberechtigten vermitteln.

NEhelG Art 1 Nr 25; SorgeRG Art 1 Nr 40

Schrifttum

DELLIAN, Zur „Verkehrsregelung“ nach § 1711 nF BGB, JR 1970, 417; GÖPPINGER, Elterliche Gewalt über nichteheliche Kinder, FamRZ 1970, 57; GRASNICK, Der Verkehr des Vaters mit seinem unehelichen Kinde, NJW 1966, 1298; LEMPP, Die Rechtsstellung des Kindes aus geschiedener Ehe aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, NJW 1972, 315; REUTHER, Verkehrsrecht für den unehelichen Vater? FamRZ 1967, 258; ders, Persönlicher Umgang des nichtehelichen Vaters mit dem Kinde, ZblJugR 1974, 464; SCHOLZ, Benachteiligung des Mannes im Ehe- und Familienrecht? ZRP 1984, 201; weitere Lit-Angaben s Vorbem zu § 1705.

Systematische Übersicht**I. Allgemeines**

1. Entstehungsgeschichte 1
2. Bedeutung und Zweck der Regelung
 - a) Bedeutung der Vorschrift 7
 - b) Rechtsnatur des Umgangsrechts 8
 - c) Zweck und Ziel der Regelung 9
3. Verfassungsmäßigkeit 13

II. Abs 1

1. Bestimmung durch den Sorgeberechtigten (S 1) 14
2. Entsprechende Anwendung des § 1634 Abs 1 S 2 (S 2) 18

III. Vermittlung des Jugendamtes (Abs 4) 21**IV. Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts**

1. Grundsätzliches 23
2. Die Entscheidung
 - a) Voraussetzung, Wohl des Kindes 24
 - b) Verhältnis Kind – Vater 28
 - c) Einzelheiten dazu 29
 - d) Spannungen zwischen den Eltern des Kindes ua 32
 - e) Kind bei Pflegeeltern 36
 - f) Vater in Haft 37
 - g) Längeres Zusammenleben der Eltern des Kindes 38

3. Nähere Regelung des Umgangs

- a) Allgemeines 41
- b) Einzelheiten 42
- c) Umgang und Dritte 44
4. Änderung der Entscheidung
 - a) Allgemeines 46
 - b) Amtsverfahren 50
 - c) Anwendungsbereich 51

V. Das Auskunftsrecht des Vaters (Abs 3)

1. Allgemeines, Voraussetzungen
 - a) Grundsätzliches 52
 - b) Voraussetzungen 56
 - c) Einzelfragen 57
2. Der Inhalt der Auskunft 58
3. Vermittlung des Jugendamts, Anrufung des VormG 59

VI. Verfahrensfragen

1. Zuständigkeit 61
2. Amtsverfahren 65
3. Beteiligte 66
4. Ermittlungen
 - a) Amtsermittlung 69
 - b) Einstweilige Anordnung 71
5. Die Entscheidung 72
6. Beschwerde 73

Alphabetische Übersicht

Amtsverfahren 50, 65
 Änderung der Entscheidung 46 ff
 Anhörungen 66, 70
 Auskunftsrecht 5 f, 52 ff, 58 f, 61, 63, 75
 Ausländisches Recht 1

Beteiligte 66 f
 Beweislast, objektive 72
 BVerfG 8, 11, 13, 18, 25, 40, 48

Deutscher Juristentag 1962 2
 Dritte 44 ff

Ehefrau des Vaters 45
 Einstweilige Anordnung 64, 71
 Elterliche Sorge 14
 Elternrecht des Vaters 8
 EMRK 13
 Entwurf 1925 2
 Ermessen 23, 42
 Ermittlungen des VormG 28

Foto des Kindes 37, 58

Großeltern, Rolle der – 34 f

Jugendamt, Anhörung 59, 70	Umgangsrecht, Bestimmung durch Sorgebe-
– Anregung zum Verfahren 50, 65	rechtigte 14 ff
– Beschwerderecht 74	– früheres Recht 1
– Vermittlung 21 f, 59	– nähere Regelung 41 ff
	– Rechtsnatur 8
Kind, Anhörung 66	– Voraussetzungen 24 ff
– Beschwerderecht 74	– Zweck 9
– Beteiligter 66 f	
– Verhaltensstörungen 29, 31	Vater, Anhörung 66
– Verhältnis Vater – Kind 28 ff	– Beschwerderecht 74
Lebensgefährtin des Vaters 45	– Beteiligter 66
	– Haft 37
Mutter, Anhörung 66	– Spannungen mit Mutter oder deren Eltern
– beschränkt geschäftsfähige – 14 f	usw 19, 32 ff, 38
– Beschwerderecht 74	– Verhältnis Kind – Vater 28 ff
– Beteiligte 14	Verfassungsmäßigkeit 13
NEhelG 3 ff	Vollziehung der Entscheidung 72 aE
– Begründung RegE 5	Vormund 15 f, 52
	Vormundschaftsgericht 23 ff, 41 ff, 60, 61 ff
Pflegeeltern 36	Weitere Beschwerde 76
Psychologische Gutachten 69	Wohl des Kindes 6 f, 17, 24 ff, 44, 48 f, 51 f,
	56, 74
Schulzeugnisse des Kindes 53, 58	Wohlverhaltensklausel 18 ff
Sorgeberechtigte 14 ff	
SorgeRG 3, 6	Zusammenleben der Eltern 19, 38
Sorgerechtpfleger 52	Zuständigkeit 61 ff

I. Allgemeines

1. Entstehungsgeschichte

1

a) Das **frühere Recht** enthielt keine Regelung über Kontakte des nichtehelichen Vaters zu seinem Kinde; doch wurde angenommen, in besonderen Fällen könne die Verhinderung oder Beschränkung des Verkehrs des Vaters mit seinem Kinde einen Mißbrauch des Sorgerechts darstellen, zB bei Brautkindern, wenn ein herzliches Vater-Kind-Verhältnis entstanden sei (s Vorauf § 1705 Rz 45 mwH). Zu dem Falle, daß sich die Vater-Kind-Beziehungen nach *ausländischem Recht* richteten, s OLG Bremen NJW 1964, 555 = FamRZ 1964, 219 – griechischer Vater, der die Vaterschaft anerkannt und längere Zeit mit der Mutter des Kindes zusammengelebt hatte –.

b) Einen Vorschlag zu einer gesetzlichen Regelung des Verkehrsrechts des Vaters 2 enthielt bereits der *Entwurf 1925* (s Vorbem 10 zu § 1705). Später beschloß der *Deutsche Juristentag 1962* einen entsprechenden Vorschlag (NJW 1962, 1854; FamRZ 1962, 401; JR 1962, 455); zu weiteren Vorschlägen s JANSEN-KNÖPFEL 281 f; GRASNICK NJW 1966, 1298, 1300.

c) Die **jetzige Fassung** des § 1711 geht auf das **SorgeRG** zurück (s auch Vorbem 4 zu 3 § 1705), und zwar entsprechend dem Vorschlag des Rechtsausschusses des Bundestags (BT-Drucks 8/2788, dazu Begründung 68).

IdF des NEhelG lautete Abs 1 S 1:

„Derjenige, dem die Sorge für die Person des Kindes zusteht, bestimmt, ob und in welchem Umfange dem Vater Gelegenheit gegeben werden soll, mit dem Kinde persönlich zu verkehren.“

- 4 Der jetzige **Abs 2 S 1** geht auf Abs 1 S 2 idF des NEhelG zurück (s Vorbem 18 zu § 1705), ihm wurde ein Nebensatz hinzugefügt, der den Inhalt der Entscheidung klarstellen soll. **Abs 2 S 3** geht auf Abs 1 S 3 idF des NEhelG zurück. Durch das SorgeRG eingefügt wurden in der Neufassung des Abs 1 S 2 der Hinweis auf § 1634 Abs 1 S 2 und in der Neufassung des **Abs 2 S 2** der Hinweis auf § 1634 Abs 2.

Der frühere Abs 2 idF des NEhelG wurde nun **Abs 4**.

- 5 Neu ist der **Abs 3**, der auf § 1634 Abs 3 Bezug nimmt und diese Vorschrift für entsprechend anwendbar erklärt.

Die Frage, ob dem Vater ein **Auskunftsrecht** eingeräumt werden solle, war schon in der Begründung des RegE des NEhelG (BT-Drucks V/2370, 70; JANSEN-KNÖPFEL 289) erörtert worden; dazu war darauf hingewiesen worden, diese Frage stelle sich auch für eheliche Kinder, es solle nicht verkannt werden, daß im Einzelfall der nicht sorgeberechtigte Elternteil ein Interesse daran haben könne, Auskunft über das Wohlergehen des Kindes zu erhalten; mitunter werde ein solches Auskunftsrecht trotz Fehlens einer gesetzlichen Regelung betr eheliche Kinder bereits für das geltende Recht bejaht, deshalb könne es der Rechtsprechung überlassen bleiben, die Frage zu entscheiden, ob auch dem unehelichen Vater Auskunft zu erteilen sei (!); s ferner JANSEN-KNÖPFEL 283.

- 6 Durch das **SorgeRG** wurde nunmehr in § 1634 das Auskunftsrecht des nichtsorgeberechtigten ehelichen Elternteils geregelt (Abs 3) – s hierzu die Begründung des Rechtsausschusses des Bundestags, BT-Drucks 8/2788, 55 –; der Rechtsausschuß hat aber auch einen entsprechenden Auskunftsanspruch des nichtehelichen Vaters bejaht (aaO 69) und dazu ausgeführt: auch wenn die rechtliche Stellung des Vaters eines nichtehelichen Kindes nicht ohne weiteres mit derjenigen des Vaters eines ehelichen Kindes vergleichbar sei, bleibe die Gleichbehandlung bezüglich des Auskunftsrechts gerechtfertigt; es wäre nicht sinnvoll, diesen Anspruch auch dort zu versagen, wo berechnete Interessen an der Unterrichtung über das Befinden und die Entwicklung des Kindes bestehen, und wo das Auskunftsverlangen mit dem Wohle des Kindes vereinbar sei.

7 2. Bedeutung und Zweck der Regelung

a) Während in § 1634 **Abs 1 S 1** davon die Rede ist, ein nicht sorgeberechtigter (ehelicher) Elternteil behalte die Befugnis zum persönlichen Umgang mit dem Kinde, besagt § 1711 **Abs 1 S 1**, derjenige, dem die Sorge für die Person des Kindes zustehe, bestimme den Umgang des Kindes mit dem Vater. § 1634 geht also davon aus, daß der umgangsberechtigte Elternteil (mit-)sorgeberechtigt war oder sorgeberechtigt sein oder gewesen sein könnte, während dem nichtehelichen Vater ein Sorgerecht in keinem Falle zustehen kann oder zugestanden haben kann (s Vorbem 23 ff zu § 1705; § 1705 Rz 3, 27). Die Vorschrift des § 1634 geht ferner davon aus, daß dem nichtsorgeberechtigten (ehelichen) Elternteil grundsätzlich das Umgangsrecht zusteht und daß lediglich das VormG im Falle des Streits der Eltern, wenn der sorgeberechtigte Elternteil die Ausübung beschränkt oder verhindert, den Umgang näher zu regeln, ggf zu beschränken oder auszuschließen hat, wenn es zum Wohle des Kindes *erforderlich* ist (§ 1634 Abs 2 S 1, 2). Dagegen vermag (und hat) das VormG nach § 1711 Abs 2 S 1 im Falle des Streits der Eltern, wenn der sorgeberechtigte Elternteil den Kontakt des Kindes mit dem Vater beschränkt oder verhindert, zu entscheiden, daß dem Vater die Befugnis zum Umgang zustehe, wenn oder soweit dies dem Wohle des Kindes *diene* (zum Unterschied der Regelungen der §§ 1634, 1711 s noch LG Augsburg DAVorm 1971, 193; LG Berlin DAVorm 1981, 917).

b) Zur **Rechtsnatur des Umgangsrechts** gemäß § 1634 ist streitig, ob dieses ein Restbestandteil des elterlichen Sorgerechts ist oder Ausfluß des natürlichen Elternrechts ist, das Umgangsrecht also ein selbstständiges auf dem Elternrecht beruhendes Recht ist (Näheres dazu in den Erläuterungen des § 1634). Das eingeschränkte Umgangsrecht des nichtehelichen Vaters ist nach der dargelegten gesetzlichen Regelung auf keinen Fall Rest aus dem Bereich der elterlichen Sorge (ebenso SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 4); es dürfte als ein, freilich eingeschränktes, auf dem natürlichen Elternrecht und den verwandtschaftlichen Beziehungen (§ 1589) beruhendes Recht zu beurteilen sein (ähnlich wohl GERNHUBER § 58 V 2; HOLZHAUER FamRZ 1982, 109, 117 f). Das BVerfG (s Vorbem 36 zu § 1705) hat sich hierzu nicht klar geäußert, sondern nur darauf hingewiesen, aus Art 6 Abs 2 S 1 GG könne der Vater keine weitergehenden Rechte herleiten, als § 1711 sie ihm gewähre (vgl auch MünchKomm-HINZ Rz 3 f m Nachtrag zu Rz 4; ERMAN-HOLZHAUER Rz 1; sowie de lege ferenda DIEDERICHSEN FamRZ 1978, 461, 474). Das BVerfG hat noch darauf hingewiesen (s Vorbem 26 zu § 1705), daß, wenn die nichtehelichen Eltern mit dem Kinde zusammenleben, dem Vater auch das Elternrecht aus Art 6 Abs 2 GG zu stehe. Unklar und ungeklärt ist dazu indes der Einfluß der Trennung der Eltern, wenn sie zB längere Zeit, etwa mehrere oder viele Jahre mit dem Kinde zusammengelebt hatten, ob nun das Elternrecht des nichtehelichen Vaters gänzlich erlöschen soll (!) oder wie es eingeschränkt weiter bestehen soll, wobei auch zu beachten ist, daß die Regelung des § 1618 a auf das Verhältnis Vater/Kind weiterhin anzuwenden ist (s § 1705 Rz 29). Die Annahme, das Elternrecht des Vaters fiele nach der Trennung gänzlich weg, wäre jedenfalls mit Art 6 Abs 5 und auch Art 3 Abs 1, 2 GG schwerlich vereinbar. Auf diese Frage ist das BVerfG (aaO) nicht eingegangen (s auch unten Rz 38 ff).

c) Zweck und Ziel der Regelung ist es, das Band zwischen Vater und Kind enger zu knüpfen, die Möglichkeit zu schaffen, daß zwischen Vater und Kind ein echtes Vater-Kind-Verhältnis entsteht, und auch dafür zu sorgen, daß der Vater sich seiner Verantwortung gegenüber dem Kinde bewußt wird und sich nicht lediglich als „Zahlvater“ soll fühlen dürfen. Hierauf hatte auch schon die Begründung des RegE des NEhelG hingewiesen (BT-Drucks V/2370, 68; JANSEN-KNÖPFEL 285: für einen Verkehr zwischen Vater und Kind spreche die Erkenntnis der neueren Psychologie, daß der Vater für die gedeihliche Entwicklung eines Kindes eine große Rolle spiele; durch den Verkehr könne der Vater an dem Kinde interessiert, an das Kind herangeführt und dadurch sein Verantwortungsbewußtsein geweckt werden; zu der Regelung eines eingeschränkten Umgangsrechts führten dann jedoch andere Erwägungen, denen größeres Gewicht beigemessen wurde, s Vorbem 35 zu § 1705, sowie GRASNICK NJW 1966, 1298).

Freilich ist und bleibt nach der jetzigen Rechtslage die *Unausgewogenheit von Vaterpflichten und Vaterrechten*. Auf die Dauer ist es fragwürdig, dem nichtehelichen Vater die gleichen Lasten aufzubürden wie dem ehelichen Vater, bei seinen Rechten aber von dem Leitbild eines Mannes auszugehen, der von seinem Kinde nichts wissen will und dieses nur gefährden könnte (so zutreffend schon LANGE NJW 1970, 297, 303, der in Fn 55 noch auf den in der Begründung des RegE, BT-Drucks V/2370, 68 re Sp oben; JANSEN-KNÖPFEL 284 unten enthaltenen Satz hinweist, soziologisch betrachtet stehe der uneheliche Vater seinem Kinde erheblich ferner als etwa Großeltern ihrem ehelichen Enkel, auch Großeltern werde kein Verkehrsrecht zugebilligt; weiterhin s MünchKomm-HINZ Rz 4; GERNHUBER § 58 V 1, 2; sowie noch DIEDERICHSEN FamRZ 1978, 461, 474; LG Köln FamRZ 1977, 205).

Gerade auch nach den *Entscheidungen des BVerfG* (s Vorbem 36 zu § 1705) muß es Ziel der Gesetzesanwendung sein, unangebrachte Differenzierungen bei der Umgangsregelung für eheliche und nichteheliche Kinder nach längerer elterlicher

Lebensgemeinschaft (vgl Art 6 Abs 5 GG) ebenso zu vermeiden wie eine schematische Übertragung der zu § 1634 entwickelten Grundsätze auf differenzierungsbedürftige Fälle des § 1711 (so zutreffend HINZ im Nachtrag zu § 1711 Ziff 3).

- 12** Grundsätzlich sollte man aber davon ausgehen, daß eine (echte) Anteilnahme des Vaters an der Entwicklung des Kindes und seinem Wohlbefinden und eine echte Zuneigung dem Wohle des Kindes dient (s Rz 27 ff). Hierbei müssen indes stets die Besonderheiten des Einzelfalles berücksichtigt und gewürdigt werden.

13 3. Verfassungsmäßigkeit des § 1711 (Abs 1 S 1, Abs 2 S 1)

Die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschriften hat das BVerfG bestätigt (s Vorbem 36 ff zu § 1705).

Sie sind übrigens auch mit Art 8, 14 EMRK vereinbar (s Vorbem 39 zu § 1705).

II. Abs 1

14 1. Bestimmung durch den Sorgeberechtigten (S 1)

Personensorgeberechtigt und damit berechtigt, den Umgang des Kindes mit dem Vater zu bestimmen, ist praktisch regelmäßig die Mutter als Inhaberin der elterlichen Sorge (§ 1705, s dort Rz 8); hierbei kommt es auf die Ausübung der tatsächlichen Sorge an, daher steht das Recht des Abs 1 S 1 auch der minderjährigen Mutter zu, die das Kind betreut (§ 1673 Abs 2 S 2, s noch § 1705 Rz 21) – ebenso LG Heilbronn Justiz 1974, 461 = DAVorm 1975, 171 –. Dieses Bestimmungsrecht ist also nicht Ausfluß des Vertretungsrechts.

- 15** Ist die Mutter dagegen entmündigt und beschränkt geschäftsfähig (§ 114), so ist der Vormund des Kindes an der Entscheidung über den Umgang des Kindes mit seinem Vater beteiligt; im Falle einer Meinungsverschiedenheit zwischen dem Vormund und der Mutter des Kindes geht hier die Meinung des Vormunds vor (§ 1673 Abs 2 S 3, 4). Das gleiche gilt im Falle der Geschäftsunfähigkeit der Mutter (§ 104), soweit hier überhaupt eine Betreuung des Kindes durch die Mutter in Betracht kommt.
- 16** Ist der Vormund allein sorgeberechtigt, dh steht ihm auch die tatsächliche Sorge für das Kind, dessen Betreuung, zu, zB bei Geschäftsunfähigkeit oder nach dem Tode der Mutter oder in sonstigen Fällen, wenn die elterliche Sorge der Mutter ruht (s auch §§ 1674, 1675), so obliegt ihm die Bestimmung gemäß Abs 1 S 1, ebenso einem Ergänzungspfleger (§§ 1909, 1630 Abs 1), wenn diesem die Personensorge übertragen ist, dagegen nicht dem Pfleger oder Amtspfleger (§ 1709), der nur die Aufgaben und Obliegenheiten gemäß § 1706 wahrzunehmen hat.
- 17** Der Sorgeberechtigte hat stets auf das Wohl des Kindes bedacht zu sein (s auch Rz 26).

18 2. Entsprechende Anwendung des § 1634 Abs 1 S 2 (S 2)

Hiernach haben der Vater und der Personensorgeberechtigte alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zu dem anderen Elternteil, dh ggf zur Mutter oder zum Vater beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert. Diese Vorschrift fordert von den Eltern *Toleranz* und ein dementsprechendes Verhalten auch dann gegenüber dem Kinde. Die erwähnte Forderung des Gesetzes entspricht der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Elternrechts als eines treuhänderischen Rechts (BVerfGE 64, 180, 187 ff = FamRZ 1983, 872, 874 = NJW 1983, 2491).

Dies ist insbesondere von Bedeutung in Fällen, in denen zwischen den Eltern des Kindes Spannungen bestehen, zB auch, wenn sie länger währende Beziehungen gepflogen oder längere Zeit zusammengelebt hatten und dann im Streit auseinandergegangen sind (vgl zB AmtsG Leutkirch NJW 1983, 1066; s ferner unten Rz 38 f).

Die Regelung soll der Gefahr begegnen, daß Streitigkeiten der Eltern auf Kosten des Kindes oder mittels des Kindes ausgetragen und fortgesetzt werden, und soll beiden Eltern deutlich machen, was zum Wohl des Kindes von ihnen erwartet werden muß (s Bericht des Rechtsausschusses des BT, BT-Drucks 8/2788, 54 m 68: diese Wohlverhaltensregel mache § 1711 Abs 1 S 2 auch für Vater und Mutter des nichtehelichen Kindes verbindlich).

Die Wohlverhaltensregel gilt auch, wenn der Vater mit dem Kinde keinen Kontakt hat (ebenso PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2). Hier soll die Mutter nicht auf das Kind in der Weise und in der Richtung einwirken, daß spätere Kontakte nicht wieder aufgenommen werden können (vgl auch unten Rz 30 f, 34 f, 38 f).

III. Vermittlung des Jugendamtes (Abs 4)

21

Die Hauptbedeutung dieser Vorschrift liegt in der Regelung des Umgangs des Kindes mit seinem Vater; hierfür war die Vorschrift, die norwegischen und schwedischen Vorbildern folgt (s KNÖPFEL FamRZ 1966, 408, 410 f), ursprünglich auch geschaffen worden (s auch unten Rz 59). Die Begründung des RegE (BT-Drucks V/2370, 69; JANSEN-KNÖPFEL 287) führte dazu aus: Da die Mutter in vielen Fällen nur ungern unmittelbar mit dem Vater verhandeln werde und um sicherzustellen, daß möglichst eine gütliche Einigung erzielt werde, sei vorgesehen, daß das Jugendamt in geeigneten Fällen zwischen dem Vater und dem Sorgeberechtigten vermitteln solle. Diese Vermittlung werde besonders vor Einleitung des Verfahrens vor dem VormG angebracht sein.

Das Jugendamt (§ 2 JWG) soll also dazu beitragen, daß zwischen dem Vater und dem Kinde Kontakte herbeigeführt werden, wenn diese dem Kinde dienlich sind (GRASNICK NJW 1966, 1298, 1301; MünchKomm-HINZ Rz 6); beharrt die Mutter trotz Beratung auf einem ablehnenden Standpunkt, so wird das Jugendamt entweder ggf den Vater auf die möglichen schädlichen Folgen eines gerichtlich erzwungenen Umgangs hinweisen oder eine gerichtliche Regelung anregen, wenn es dies für zweckmäßig hält (vgl GRASNICK und HINZ aaO); zur Anrufung des VormG s Rz 65.

IV. Die Entscheidung des VormG

1. Grundsätzliches

23

Gemäß Abs 2 S 1 *kann* das VormG . . . entscheiden . . . Damit ist die (sachliche) Zuständigkeit des VormG, dessen *Befugnis*, hier eine Entscheidung zu treffen, begründet; das VormG *muß* entscheiden, wenn es angerufen wird (s GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 68); es hat also kein Ermessen auszuüben, *ob* es entscheidet. Es ist auch verpflichtet, eine Regelung des Umgangs zu treffen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen bejaht werden.

Zur praktischen Bedeutung dieses Verfahrens s die Zahlenangaben von KNÖPFEL (FamRZ 1983, 317, 330) zu den im Jahre 1980 anhängig gewesenen Fällen (insgesamt 3359).

24 2. Die Entscheidung

- a) Das VormG ist an die Bestimmung des Sorgeberechtigten, regelmäßig der Mutter, nicht gebunden. Die gerichtliche Anordnung des Umgangs setzt aber voraus, daß eine entsprechende Regelung dem Wohle des Kindes *dient*. Dieser Begriff „dient“ ist eine Nuance stärker als das Wort „entspricht“ (vgl die Formulierung in §§ 1723, 1740 a Abs 1), das letztere wieder eine Nuance stärker als die Wendung „nicht widerspricht“ (vgl dazu die Formulierung in § 1707 S 3). Zu streng ist aber die Auffassung des LG Hildesheim (DAVorm 1983, 520), der Umgang solle *eindeutig* dem Wohle des Kindes dienen (ähnlich aber auch LG Darmstadt DAVorm 1984, 199). Andererseits braucht der Umgang *nicht* für das Wohl des Kindes *erforderlich* zu sein (unrichtig LG Karlsruhe DAVorm 1974, 561; vgl auch die Formulierungen der §§ 1634 Abs 2 S 2 und 1707 S 3, in denen es jeweils um Beschränkungen von Elternrechten geht).
- 25 Das **Wohl des Kindes** (zur Bedeutung des Begriffs s § 1707 Rz 15) ist also das entscheidende Kriterium; es ist oberste Richtschnur für die Entscheidung des VormG (s zB BVerfGE 31, 194, 209 = NJW 1971, 1447, 1449 = FamRZ 1971, 421, 425; sowie auch BVerfGE 64, 180, 188 f = NJW 1983, 2491 = FamRZ 1983, 872, 874). Maßgebend ist stets die Betrachtung aus der Situation des Kindes (ebenso MünchKomm-HINZ Rz 7).
- 26 Dieses Kriterium des Wohls des Kindes ist auch schon für die Entscheidung der Mutter maßgebend (so auch SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 7). Die Neufassung des Abs 1 S 2 (s oben Rz 18 ff) verpflichtet auch die Mutter, ihre Interessen und Gefühle zurückzustellen; daher hat dies ebenso das VormG zu berücksichtigen (s ROTH-STIELOW aaO). Die Interessen beider Elternteile müssen somit grundsätzlich gegenüber dem Wohl des Kindes zurücktreten.
- 27 Maßgebend und Voraussetzung dafür, daß ein Umgang des Kindes mit dem Vater dessen Wohl dient, ist eine *echte Anteilnahme des Vaters* an dem Wohlergehen und der Entwicklung des Kindes, eine echte Zuneigung (s zB LG Hamburg DAVorm 1971, 600; LG Heilbronn Justiz 1974, 461 = DAVorm 1975, 171; LG Mainz FamRZ 1978, 734; ODESKY Anm II 5; MünchKomm-HINZ Rz 7; s auch LG Darmstadt DAVorm 1984, 199). So dient es grundsätzlich dem Wohl des Kindes, wenn es seinen Vater kennt und persönliche Beziehungen zu ihm hat, die Verwandtschaft sich also nicht in der Unterhaltspflicht erschöpft (LG Heilbronn aaO; LG Augsburg DAVorm 1971, 193; LG Hamburg DAVorm 1971, 195; s noch oben Rz 12).
- 28 b) Zur Prüfung der Frage, ob ein Umgang des Kindes mit seinem Vater dessen Wohl dient, hat das VormG zu ermitteln, warum der Vater den persönlichen Kontakt mit dem Kinde wünscht, warum der Sorgeberechtigte sich geweigert hat, den Kontakt zu gestatten, oder aus welchen Gründen Schwierigkeiten entstanden sind, ob seither Kontakt zwischen Vater und Kind bestanden hat, ggf in welchem Umfange, ob das Kind Kenntnis von seinem Vater hat, ob dieser seiner Unterhaltspflicht nachgekommen ist, ob er dem Kinde schon Geschenke gemacht hat, zB zu Weihnachten, zum Geburtstag usw (s GÖPPINGER FamRZ 1970, 57, 68).
- 29 c) Einer Besuchsregelung steht es nicht im Wege, wenn der Vater zunächst keine positive Einstellung zu dem Kinde hatte, eine solche Einstellung aber später gefunden hat und wenn das Kind zB einen festen Platz in der Familie des Vaters erlangt hat und aus der Sicht des Kindes der Vater seinen festen Platz innerhalb der Ordnungsvorstellungen des Kindes erhalten hat (LG Hechingen DAVorm 1972, 98). Andererseits kann das Wohl des Kindes zeitweise einem persönlichen Verhältnis zum Vater entgegenstehen, wenn es bereits in eine Familie hineingewachsen ist und das Zusammensein mit dem leiblichen Vater zZt eine festgefügte Ordnung der persönlichen Beziehungen des Kindes erschüttern könnte und sich damit störend auf die

gedeihliche Entwicklung des Kindes auswirken würde (LG Heilbronn Justiz 1974, 461 = DAVorm 1975, 171) oder wenn bei dem Kinde, das seit vielen Jahren seinen Vater nicht mehr gesehen hatte, die Erinnerung an diesen verblaßt ist, das Kind seinen Stiefvater als seinen Vater ansieht und inzwischen erhebliche Verhaltensstörungen aufweist (s AmtsG Hamburg ZblJugR 1976, 171). Maßgebend ist dabei die Art und Intensität der Störung und die Fähigkeit oder Unfähigkeit des Kindes, auf ein Wiedersehen mit einer längere Zeit nicht vorhandenen Bezugsperson sachgerecht zu reagieren (s auch SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 12).

Indes muß das Kind zum gegebenen Zeitpunkt in geeigneter Weise, wenn dies nach dem psychischen Zustand des Kindes möglich geworden ist oder wenn das Kind selbst danach fragt, wer sein Vater ist, darüber aufgeklärt werden, so daß dann später (wieder) persönliche Kontakte zwischen Vater und Kind möglich werden und nützlich sind. 30

Wenn sich Besuche des Vaters ungünstig auf das Kind ausgewirkt haben und das Kind eine Abneigung gegen seinen Vater hegt, müssen persönliche Kontakte zwischen Vater und Kind zumindest zeitweilig unterbrochen werden, bis sich die Einstellung des Kindes geändert hat (vgl den vom LG Berlin DAVorm 1981, 917 entschiedenen Fall). Hier hat der Sorgeberechtigte die Pflicht, auf das Kind, soweit möglich und tunlich, einzuwirken (vgl Abs 1 S 2, s oben Rz 18 ff); ferner s zu dem Fall, daß das Kind noch sehr jung ist und durch Besuche des Vaters beunruhigt wurde, LG Lübeck DAVorm 1972, 522. 31

d) Der Wunsch der Mutter, den Abschnitt ihres Lebens, in dem der Vater des Kindes eine Rolle gespielt hat, vollständig abzuschließen, ist kein beachtlicher Gesichtspunkt, um den Umgang des Kindes mit seinem Vater auszuschließen (LG Heilbronn Justiz 1974, 461 = DAVorm 1975, 171). Die Tatsache, daß aus den damaligen Beziehungen ein Kind hervorgegangen ist, kann nicht aus der Welt geschafft werden; hieraus ergeben sich durch die Berücksichtigung auch der Belange der anderen Beteiligten Folgerungen, welche die Mutter hinzunehmen hat, solange sie lediglich Ungelegenheiten und nicht etwa schwerwiegende Nachteile darstellen (s auch Rz 43 zum zeitlichen Abstand der jeweiligen Besuche des Vaters und zum Ort des Zusammentreffens). 32

Erhebliche *Spannungen zwischen der Mutter* und ihrem Ehemann einerseits *und dem Vater* des Kindes andererseits können uU dazu führen, daß ein Umgang des Kindes mit seinem Vater als nicht dem Wohle des Kindes dienlich beurteilt werden muß, je nach der Einstellung, der psychischen Verfassung und dem Alter des Kindes (vgl den vom LG Hamburg DAVorm 1982, 693 entschiedenen Fall; ferner s LG Ravensburg DAVorm 1970, 386 = FamRZ 1971, 48 LS). 33

Die Auffassung der Mutter, ihr Vater, also der *Großvater* des Kindes, *ersetze dem Kinde den Vater*, reicht zur Unterbindung eines Umgangs des Kindes mit seinem Vater nicht aus (ebenso MünchKomm-HINZ Rz 8; SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 13; anders LG Karlsruhe DAVorm 1974, 561). Denn diese Auffassung ist regelmäßig einseitig von Mutterinteressen geprägt und steht gegen das natürliche Recht von Vater und Kind, einander kennenzulernen und miteinander Kontakt zu haben (so zutreffend ROTH-STIELOW aaO). In dem entschiedenen Fall bestanden auch starke Spannungen zwischen den Eltern des Kindes; der hinzugezogene Sachverständige riet, spätestens bei Einschulung des damals 3jährigen Mädchens das Problem des Kontaktes des Kindes mit seinem Vater erneut zu prüfen. 34

Bestehen *gespannte Beziehungen* zwischen den *Großeltern* des Kindes mütterlicherseits *und dem Vater* des Kindes und ist dieses in die Reihe der eigenen Kinder der Großeltern integriert und lehnen die Großeltern den Vater als den „Urheber des Fehltritts ihrer Tochter“ ab, so ist der letztere Standpunkt als Grund für die Haltung 35

der Großeltern nicht haltbar; in einem solchen Falle hatte das AmtsG Bonn (DA-Vorm 1978, 129) zunächst eine Ersatzlösung angeordnet: jährliche Berichte der Mutter an den Vater. Hier muß richtigerweise zu gegebener und nicht allzu ferner Zeit, wenn das Kind zunächst ganz auf die liebevolle Betreuung und Zuwendung der Großeltern angewiesen ist, dafür gesorgt werden, daß das Kind erfährt, wer seine leiblichen Eltern sind.

- 36 e) Ist das Kind bei *Pflegeeltern* untergebracht, die es adoptieren wollen, und hat der Vormund (§ 1751 Abs 1 S 2 HS 1) Kontakten des Vaters mit dem Kinde widersprochen, so steht diesen im Hinblick auf die geplante oder bevorstehende Adoption (vgl auch § 1744) das Wohl des Kindes entgegen (s den vom LG Berlin DAVorm 1978, 543 entschiedenen Fall – vgl dazu auch § 1751 Abs 1 S 1 HS 2 –).
- 37 f) Befindet sich der *Vater in Haft*, insbesondere in Strafhaft, so sind Besuche des Kindes dort regelmäßig problematisch (s dazu auch SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 14; AmtsG Einbeck DAVorm 1978, 303; sowie LG Landau FamRZ 1973, 604 – Foto des Kindes für den Vater –). Regelmäßig sprechen schon die äußeren Umstände bei einem Besuch in der Haft- oder Strafanstalt gegen einen Besuch, da die räumlichen Verhältnisse und die Vorführung des Vaters bedrückend wirken, worauf ROTH-STIELOW aaO zutreffend hingewiesen hat (vgl auch BayVerfGH ZblJugR 1974, 448: Besuch des ehelichen Kindes im Verwaltungsgebäude der Vollzugsanstalt oder in der Wohnung des zuständigen Bewährungshelfers).
- 38 g) Hatten die **Eltern** längere Zeit **zusammengelebt** (s zB LG Hamburg FamRZ 1971, 600:4 Jahre, LG Köln MDR 1973, 586:8 Jahre) und war damit ein echtes Vater-Kind-Verhältnis entstanden, war das Kind im elterlichen Haushalt wie ein eheliches Kind aufgewachsen, so dient nach dem Zerbrechen dieser Gemeinschaft die weitere Pflege der Vater-Kind-Beziehungen, ein Umgang des Kindes mit seinem Vater, grundsätzlich dem Wohl des Kindes (ebenso MünchKomm-HINZ Rz 8; SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 11; vgl auch GERNHUBER § 58 V 2, sowie KNÖPFEL FamRZ 1983, 317, 324), wenn nicht besondere Gründe dagegen sprechen (vgl den vom LG Hildesheim DAVorm 1983, 520 entschiedenen Fall: erhebliche Spannungen zwischen den Eltern, gegenseitige heftige Vorwürfe auch vor den Kindern, die den Ausbruch des Vaters aus der früheren Gemeinschaft auch als ein ihnen zugefügtes Unrecht empfinden und betrachten; Gefährdung der weiteren Entwicklung der Kinder, da sie der psychologischen Belastung *zZt* nicht gewachsen sind). Zu einem Fall, in dem die Eltern mit dem Kinde kürzere Zeit **zusammengelebt** hatten (ca 6 Monate), s LG Darmstadt DAVorm 1984, 199. Im allgemeinen gelten hier weitgehend gleiche Grundsätze wie bei Anwendung des § 1634 (so wohl auch MünchKomm-HINZ Nachtrag zu § 1711 Ziff 3; s ferner noch oben Rz 11 sowie LG Mainz FamRZ 1978, 734).
- 39 Das gleiche ist in den Fällen anzunehmen, in denen der Vater jahrelang mit seinem nichtehelichen Kinde Kontakt hatte und dann der Umgang unterbunden wird, ohne daß der Vater hierzu Veranlassung gegeben hatte (s dazu AmtsG Leutkirch NJW 1983, 1066).
- 40 Die vorstehend (Rz 38 f) dargelegte Auffassung widerspricht nicht der Rechtsprechung des BVerfG (s auch oben Rz 11 und Vorbem 36 f zu § 1705).

41 3. Nähere Regelung des Umgangs

- a) Die Vorschrift des Abs 2 S 2 iVm § 1634 Abs 2 S 1, wonach das VormG die Ausübung der Befugnis zum Umgang des Vaters mit dem Kinde, auch gegenüber Dritten, näher regeln kann, geht auf die Vorschläge des Rechtsausschusses des BT (BT-Drucks 8/2788, 68) zurück. Dort ist dargelegt: Eine unterschiedliche Behand-

lung zwischen dem nichtsorgeberechtigten Elternteil eines ehelichen Kindes und dem Vater eines nichtehelichen Kindes wäre insoweit nicht gerechtfertigt; die Verweisung auf § 1634 Abs 2 bewirke außerdem, daß der Vater den Umgang des bei ihm zu Besuch weilenden nichtehelichen Kindes mit Dritten bestimme, soweit das VormG nichts anderes anordne.

b) Das VormG *kann* den Umgang näher regeln; mit dem Wort „kann“ ist gemeint eine diesbezügliche *Befugnis* des Gerichts, aber auch eine Ermächtigung zur Ausübung richterlichen *Ermessens*, nämlich die Regelung zu treffen, die in den Einzelheiten dem jeweiligen konkreten Falle am besten entspricht und als zweckmäßig und nützlich zu beurteilen ist im Hinblick auf die Interessen aller Beteiligten, insbesondere unter Berücksichtigung des Alters und der körperlichen und psychischen Konstitution des Kindes. 42

Die **nähere Regelung** betrifft die Dauer und den zeitlichen Abstand, die Häufigkeit des Kontaktes, ggf die Festlegung bestimmter einzelner Tage, zB Festtage, den Ort, an dem das Zusammensein stattfinden soll usw (Näheres s in den Erl des § 1634, sowie zB LG Heilbronn Justiz 1974, 461 = DAVorm 1975, 171 – kürzere Besuche in größeren Zeitabständen –; zur Berücksichtigung der dörflichen Umgebung des Wohnsitzes der Mutter LG Heilbronn aaO und AmtsG Leutkirch NJW 1983, 1066). 43

c) Das VormG kann, wenn dies angebracht ist, auch die Ausübung des Umgangs **gegenüber Dritten** näher regeln; in Betracht kommen vor allem Verwandte des Vaters, insbesondere seine Eltern oder ggf zB eine Schwester, aber evtl auch ein Halbgeschwister des Kindes, wenn diese ein besonders gutes geschwisterliches Verhältnis zueinander haben und die Zuziehung des Halbgeschwisters für das Wohl des Kindes nützlich ist und auch dem Wohl oder Willen des Halbgeschwisters entspricht (vgl etwa den vom LG Hildesheim DAVorm 1983, 520 entschiedenen Fall, in dem freilich der Umgang aus besonderen Gründen zZt dem Wohle des Kindes nicht entsprach, s Rz 38). 44

Trifft das VormG keine Regelung gegenüber Dritten, so ist der Vater befugt, Dritte zuzuziehen, zB seine Eltern, etwa wenn das Kind den Vater über ein Wochenende oder in den Ferien besucht, ebenso die Ehefrau oder Lebensgefährtin des Vaters. Entstehen hierdurch Schwierigkeiten oder Streitigkeiten zwischen den Eltern des nichtehelichen Kindes, so kann uU das Jugendamt zur Vermittlung eingeschaltet (s auch Rz 21 f) oder das VormG zur Entscheidung über den weiteren Umgang angerufen werden (s noch zur Änderung der zunächst getroffenen Anordnungen Rz 46 ff). 45

4. Änderung der Entscheidung (Abs 2 S 3) 46

a) Abs 2 S 3 sieht vor, das VormG könne seine **Entscheidung** jederzeit **ändern**; diese Vorschrift steht im Zusammenhang mit der Regelung des Abs 2 S 1. Gemeint ist deshalb die Änderung der zunächst getroffenen Anordnung über den Umgang des Kindes mit seinem Vater in der Richtung der Beschränkung oder ggf der Unterbindung eines weiteren Umgangs oder einer Änderung der Zeitdauer oder Häufigkeit der Kontakte zwischen Vater und Kind iS einer Beschränkung oder einer Änderung des Orts des Zusammenseins oder einer neuen Regelung gegenüber Dritten (s Rz 43, 45).

Die Regelung des Abs 2 S 3 (ursprünglich Abs 1 S 3 idF des NEhelG, s auch Rz 4) war hier erforderlich, da die Vorschrift des § 1696 nur Anordnungen betrifft, die sich auf die Rechtsstellung der Mutter und das Rechtsverhältnis Mutter/Kind, nicht aber Regelungen, die sich auf den Vater beziehen. 47

- 48** In der Neufassung des § 1711 (s Rz 4) besagt Abs 2 S 2, § 1634 Abs 2 gelte entsprechend. Richtigerweise hätte aber bestimmt werden müssen, § 1634 Abs 2 S 1 gelte entsprechend. In diesem Sinne ist nun die Verweisung zu verstehen. Denn § 1634 Abs 2 S 2 kann hier nicht entsprechend angewendet werden; diese Regelung hängt mit der andersartigen Struktur des § 1634 und des dort geregelten Umgangsrechts zusammen (s oben Rz 7). § 1634 Abs 2 S 2 legt nach seinem Wortlaut strengere Anforderungen für den Ausschluß des Umgangsrechts (zu diesen s BVerfG FamRZ 1983, 872 [s Rz 25]) fest als § 1711 Abs 2 S 3 (idF des SorgeRG, § 1711 Abs 1 S 3 idF des NEhelG) – worauf das BVerfG (aaO) freilich nicht eingegangen ist –. Dafür, daß solche Voraussetzungen – nämlich daß das Wohl des Kindes die Beschränkung oder den Ausschluß des Umgangsrecht *erfordert* – auch hier gelten sollen, ergibt sich aus der Begründung des Rechtsausschusses des BT (s Rz 41) kein Anhaltspunkt; zu einer Änderung der Rechtslage bestand auch keine Veranlassung.
- 49** § 1711 Abs 2 S 3 setzt vielmehr – lediglich – voraus, daß der Umgang des Kindes mit seinem Vater nicht (mehr) dem Wohl des Kindes dient, erfordert also nur den Wegfall der Voraussetzung des Abs 2 S 1 (s zum Zusammenhang der Vorschriften der S 1 und 3 oben Rz 46).
- 50** b) Das neue Verfahren kann **von Amts wegen** eingeleitet werden, ohne daß es eines speziellen Verfahrensanspruchs bedürfte. Es genügt, daß das Gericht von Umständen erfährt, die eine Änderung der früheren Entscheidung als angezeigt erscheinen lassen, oder daß eine entsprechende Anregung zB des Jugendamts oder der Mutter oder auch, wenn es um eine etwa gleichwertige andere Regelung gehen soll, zB der Festlegung eines anderen Ortes oder einer anderen zeitlichen Regelung, eine Anregung des Vaters, an das Gericht herangetragen wird, wenn eine Einigung zwischen den Eltern nicht zustandegekommen ist.
- 51** c) S 3 ist auch anzuwenden, wenn sich die frühere Entscheidung als unrichtig herausgestellt hat – in diesem Falle wäre auch § 18 Abs 1 FGG anwendbar – vor allem aber, wenn sich seit der früheren Entscheidung die Verhältnisse, die dieser zugrundeliegen, geändert haben, insbesondere in der Richtung, daß der weitere Umgang zum Wohle des Kindes beschränkt oder ausgeschlossen werden muß (s Rz 46, sowie die in Rz 31, 33, 34 aE, 35, 38 erwähnten Fälle). Dagegen findet S 3 keine Anwendung, wenn ein früherer „Antrag“ auf Regelung des Umgangs abgelehnt worden war und später ein neuer „Antrag“ gestellt wird; in diesem Falle sind die Voraussetzungen des Abs 2 S 1 erforderlich, nämlich daß die begehrte Neuregelung dem Wohle des Kindes dient; das gleiche gilt in den Fällen, in denen eine Erweiterung des Umgangs begehrt wird. Die Abgrenzung von den Fällen, in denen eine (etwa) gleichwertige andere Regelung (s Rz 50) begehrt wird, dürfte praktisch keine Schwierigkeiten bereiten. In jedem Falle muß die begehrte Regelung wie die frühere dem Wohle des Kindes dienlich sein.

V. Das Auskunftsrecht des Vaters (Abs 3)

52 1. Allgemeines, Voraussetzungen

a) Gemäß Abs 3 iVm § 1634 Abs 3 – s zur Entstehungsgeschichte oben Rz 5 – hat der Vater bei **berechtigtem Interesse** das Recht, von dem Personensorgeberechtigten, regelmäßig der volljährigen Mutter, welche die elterliche Sorge innehat (§ 1705, s dort Rz 8 ff), auch der minderjährigen oder der volljährigen, aber beschränkt geschäftsfähigen Mutter (s § 1705 Rz 21), die das Kind betreut, ggf von dem Vormund (s § 1705 Rz 22) oder Sorgerechtpfleger (§ 1909), evtl auch von dem Pfleger (§ 1706 Nr 1), Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes zu verlangen, soweit die Erteilung der Auskunft mit dem Wohle des Kindes vereinbar ist.

Ein solches Interesse kann vor allem gegeben sein, wenn zwischen Kind und Vater kein persönlicher Kontakt besteht, weil ein Umgang abgelehnt worden war (s den vom LG Karlsruhe FamRZ 1983, 1169 = DAVorm 1984, 201 entschiedenen Fall), etwa wenn das Kind in die Familie des jetzigen Ehemannes der Mutter integriert worden ist – diesen Fall nennt zu § 1634 Abs 3 der Bericht des Rechtsausschusses des BT (BT-Drucks 8/2788, 55), s hierzu auch oben Rz 29, 33 –, oder weil der Vater wegen des jugendlichen Alters des Kindes oder zu großer räumlicher Entfernung weder persönlich noch durch Schriftverkehr mit dem Kind sich von dessen Wohlergehen und Entwicklung ausreichend überzeugen kann (vgl BayObLG FamRZ 1983, 1169). Ein Auskunftsrecht kann ggf aber auch zu bejahen sein, wenn der Vater nur in größeren Zeitabständen Kontakt pflegen kann und im Hinblick auf die Situation des Kindes ein berechtigtes Interesse an bestimmten Auskünften, zB über die Schulzeugnisse (s unten Rz 58), besteht (s den erwähnten, vom BayObLG entschiedenen Fall).

Ist ein berechtigtes Interesse des Vaters zu bejahen, so darf das Auskunftsrecht nicht etwa deshalb verweigert werden, weil die Verweigerung der Auskunft nur im Interesse der Mutter läge und die Erteilung der Auskunft für die Mutter eine gewisse, aber noch zumutbare Belastung darstellt (vgl SOERGEL-LANGE § 1634 Rz 14 aE).

Ein berechtigtes Interesse ist aber zu verneinen, wenn der Vater mit der Auskunftserteilung mißbräuchliche Zwecke und Ziele verfolgt, zB Auskunft über den Schulbesuch oder die Lehrstelle des Kindes begehrt, damit er entgegen einer gerichtlichen Entscheidung mit dem Kinde doch in Verbindung treten kann.

b) Die Erteilung der Auskunft darf nicht dem Wohle des Kindes widersprechen; diese Frage dürfte aber kaum praktische Bedeutung gewinnen (vgl die in Rz 53 erwähnten Entscheidungen). In der Begründung des Rechtsausschusses des BT (s Rz 53) ist als Beispiel der Fall erwähnt, daß die begehrte Auskunft über den Aufenthalt des Kindes dazu dienen soll, einen dem Kinde abträglichen persönlichen Kontakt herzustellen; in diesem Falle ist aber schon ein berechtigtes Interesse des Vaters zu verneinen (s Rz 55).

c) Das VormG hat stets zu prüfen, ob die Gründe, welche die Mutter oder der sonstige Personensorgeberechtigte (s Rz 52) zur Begründung der Weigerung vorbringt, diese zu rechtfertigen geeignet sind, insbesondere weil zu befürchten wäre, daß der Vater die Auskunft zu Störungen des Mutter-Kind-Verhältnisses oder dazu mißbrauchen könnte, die Mutter oder das Kind, zB im Kindergarten, in der Schule oder in einer Ausbildungsstelle, in Schwierigkeiten zu bringen (vgl SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 19). Zu berücksichtigen und zu ermitteln ist dazu auch, in welchen Beziehungen die Eltern zueinander standen und stehen, wie die zwischen ihnen bestehenden Spannungen und ihre Auswirkungen zu beurteilen sind, ferner mit welcher Begründung der Vater die Auskunfterteilung begehrt.

2. Der Inhalt der Auskunft

58

Der Auskunftsanspruch bezieht sich auf die „persönlichen Verhältnisse des Kindes“; hierbei kommt es auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles an. Von Bedeutung ist vor allem der Gesundheitszustand und das Alter des Kindes. Auskunft kann insbesondere begehrt werden über die allgemeine Entwicklung und die schulischen Fortschritte des Kindes, grundsätzlich also über ein Schulzeugnis (im einzelnen), mit der Vorlage einer Kopie des Zeugnisses (vgl den vom BayObLG FamRZ 1983, 1169 entschiedenen Fall), generell über Lebensumstände, die das Kind nicht selbst darstellen kann oder will, und für Zeiten, in denen ein persönlicher Kontakt nicht möglich ist (GERNHUBER § 53 III 5; MünchKomm-Hinz § 1634 Rz 26); zur Übersendung eines Fotos des Kindes s LG Karlsruhe aaO (Rz 53). Eine *Bespre-*

chung mit dem Sorgeberechtigten über die persönlichen Verhältnisse des Kindes kann jedoch nicht verlangt werden (s dazu den vom BayObLG [aaO] entschiedenen Fall).

59 3. Vermittlung des Jugendamtes, Anrufung des VormG

a) Gemäß § 1711 Abs 4 soll das Jugendamt in geeigneten Fällen zwischen dem Vater und dem Sorgeberechtigten vermitteln. Im Hinblick auf die Stellung dieser Vorschrift innerhalb des § 1711, also nach dem Abs 3, muß angenommen werden, daß die Vermittlung des Jugendamtes sich auch auf diesen Fall beziehen soll, neben dem Hauptfall der Vermittlung über einen Umgang des Vaters mit dem Kinde (s oben Rz 21). Dem kann nicht entgegenstehen, daß das Jugendamt in einem vormundschaftsgerichtlichen Verfahren über die Auskunfterteilung nicht gehört zu werden braucht (!), da in § 48 a Abs 1 Nr 4 JWG dieser Fall nicht aufgeführt ist (s auch unten Rz 70).

- 60 b) Das VormG kann vom Vater oder vom Sorgeberechtigten angerufen werden (Abs 3 iVm § 1634 Abs 3 S 2); s auch unten Rz 65 und oben Rz 57.

VI. Verfahrensfragen

61 1. Zuständigkeit

Sachlich zuständig ist für alle hier in Betracht kommenden Verfahren das **AmtsG** (vgl § 35 FGG), **funktionell zuständig** ist für die Verfahren nach Abs 2 S 1 und S 3 der Richter (§ 14 Nr 16 RPflG, für das württ Rechtsgebiet des Landes Baden-Württ s § 37 Abs 1 Nr 12 LF GG), für das Verfahren gemäß Abs 3 (Auskunftserteilung) der Rechtspfleger, da in § 14 RPflG keine entsprechende Ausnahme von § 3 Nr 2 a RPflG enthalten ist (ebenso zB MEYER-STOLTE Rpfleger 1980, 130, 132); dagegen ist in diesem Falle im württ Rechtsgebiet des Landes Baden-Württ auch der Richter zuständig (§ 37 Abs 1 Nr 12 LF GG).

- 62 Soll das VormG (auch) eine Anordnung treffen, die gegenüber Dritten wirken soll (§ 1711 Abs 2 S 2 iVm § 1634 Abs 2 S 1 HS 1, 1632 Abs 2) – s auch oben Rz 44 f, zB etwa ein bestimmtes Gebot oder Verbot, das die Großeltern des Kindes väterlicherseits betrifft –, so gilt die gleiche funktionelle Zuständigkeit wie im Falle des § 1711 Abs 2 S 1 und 3.

- 63 Ist Verfahrensgegenstand zugleich das Umgangsrecht und das Auskunftsrecht (Abs 3), sei es von Anfang an oder auf Grund eines späteren Vorbringens, so ist der Richter gemäß § 6 RPflG auch für die Entscheidung über das Auskunftsbegehren funktionell zuständig (im württ Rechtsgebiet des Landes Baden-Württ entsteht hier zufolge der Regelung des § 37 Abs 1 Nr 12 LF GG kein Problem).

- 64 Die **örtliche Zuständigkeit** bestimmt sich nach §§ 43, 36 FGG. Ist beim VormG ein Verfahren gemäß § 1711 Abs 2 anhängig, so ist dieses Gericht auch – und zwar in erster Linie – zuständig für eine Anordnung vorläufiger Maßnahmen zur Abwehr von Einwirkungen des Vaters auf das nichteheliche Kind, zB wenn dieser versucht, das Kind eigenmächtig an sich zu bringen (OLG Oldenburg NdsRpfl 1983, 70 = FamRZ 1983, 309).

Zu einstweiligen Anordnungen s auch unten Rz 71.

65 2. Amtsverfahren

Die Verfahren nach Abs 2 S 1 und S 3 und nach Abs 3 iVm § 1634 Abs 3 S 2 werden von Amts wegen eingeleitet, bedürfen also keines entsprechenden (Verfahrens-)

Antrags; regelmäßig werden freilich Anregungen seitens eines Elternteils oder auch des Jugendamtes an das VormG herangetragen, ein entsprechendes Verfahren einzuleiten, ggf von etwa betroffenen Dritten (s auch Rz 62).

3. Beteiligte

66

Am Verfahren beteiligt sind der Vater und der Sorgeberechtigte (s Rz 14 ff) sowie das Kind, da dieses auch materiell beteiligt, dh von der Entscheidung betroffen ist (vgl BASSENGE, FGG § 50 b Anm 1), ferner ggf ein Dritter (s oben Rz 62).

Diese Personen sind im Verfahren anzuhören (§§ 50 a Abs 1 S 1, Abs 2, 50 b Abs 1, 2 S 1 FGG). Der Begriff der „Personensorge“ in diesen Vorschriften ist umfassend auszulegen und erstreckt sich auch auf den Umgang eines Kindes mit einem nicht sorgeberechtigten Elternteil (ebenso OLG München FamRZ 1980, 623 = Rpfleger 1980, 479; wohl auch BASSENGE § 50 b Anm 3 b).

Hat das Kind das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet, so wird es durch den gesetzlichen Vertreter in Angelegenheiten der Personensorge (also nicht durch den Pfleger, § 1706) vertreten. Im Falle einer Interessenkollision zwischen der Mutter als gesetzlicher Vertreterin und dem Kinde ist für dieses ein Verfahrenspfleger zu bestellen. Hat das Kind das 14. Lebensjahr vollendet, so ist es hier als verfahrensfähig zu behandeln (zur Beschwerdeeinlegung s Rz 74).

Im Verfahren aus *Auskunftserteilung* (Abs 3) ist das Kind jedoch wohl nicht beteiligt, da dieses Verfahren das Kind wohl nicht unmittelbar berührt. Daher braucht es auch nicht gehört zu werden; § 50 b FGG dürfte hier nicht anwendbar sein.

4. Ermittlungen

69

a) Das Gericht hat den Sachverhalt **von Amts wegen** aufzuklären (§ 12 FGG), dh die tatsächlichen zur Entscheidung rechtserheblichen Umstände zu klären.

In schwierigen Fällen wird stets die Einholung eines *psychologischen Gutachtens* unumgänglich sein, um zu klären, ob ein Umgang des Kindes mit dem Vater dessen Wohl dient. Freilich kann die Mutter zur Mitwirkung bei der Begutachtung nicht gezwungen werden, ebenso nicht das Kind, da hierfür keine gesetzliche Grundlage vorhanden ist (LG Mainz DAVorm 1982, 996; s auch OLG Stuttgart FamRZ 1976, 538, andererseits zur Unterbringung § 64 c FGG; zur kinderpsychologischen Begutachtung s noch DICKMEIS NJW 1983, 2053 mwH).

In dem die Umgangsregelung betreffenden Verfahren ist das **Jugendamt** zu hören (§ 48 a Abs 1 Nr 4 JWG, s dazu OLG Düsseldorf FamRZ 1979, 859). Für das den Auskunftsanspruch betreffende Verfahren ist die Anhörung des Jugendamts nicht vorgeschrieben; doch wird diese sich jedenfalls dann empfehlen, wenn das Jugendamt als Vermittler tätig war (s Rz 59).

b) Im Zuge der Ermittlungen kann das VormG im Wege einer **einstweiligen Anordnung**, um eine bessere Entscheidungsgrundlage zu gewinnen, eine vorläufige Regelung in dem Sinne treffen, daß das Kind mit dem Vater, etwa in Räumen des Jugendamts oder eines Psychologen oder Psychotherapeuten mit dem Vater zusammentrifft (vgl schon die Bemerkung in der Begründung des RegE, BT-Drucks V/2370, 69; JANSEN-KNÖPFEL 286).

5. Die Entscheidung

72

Liegen die Voraussetzungen für einen *Umgang* vor (s Rz 24 ff), so hat das VormG diesen näher zu regeln (s Rz 41 ff). Bleibt zweifelhaft, ob ein Umgang dem Wohle

des Kindes dient, oder spricht ebenso viel dafür wie dagegen, so ist ein Umgang abzulehnen (so auch PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 3 aE). Insofern kann man von einer *objektiven Beweislast* (Feststellungslast) sprechen, in dem Sinne, daß wenn die Voraussetzungen eines Begehrens nicht nachgewiesen sind, dies zu Lasten des Begehrenden geht. Entsprechendes gilt für den Auskunftsanspruch, vor allem, wenn Zweifel daran, ob der Vater ein berechtigtes Interesse an der begehrten Auskunft hat, nicht ausgeräumt werden können.

Eine Anordnung des VormG kann ggf gemäß § 33 FGG vollzogen werden.

73 6. Beschwerde

Gegen die Entscheidung des Gerichts in den Fällen des Abs 2 S 1 und S 3 und Abs 3, gleichgültig ob der Umgang geregelt oder abgelehnt oder ob eine frühere Regelung geändert oder nicht geändert wurde oder ob dem Auskunftsbegehren stattgegeben oder ob es abgelehnt wurde, findet die einfache Beschwerde (§ 19 FGG) statt.

- 74** In den **Verfahren des Abs 2** ist **beschwerdeberechtigt**, wer durch die Entscheidung beschwert ist (§ 20 Abs 1 FGG) – da es sich um keine Antragsverfahren handelt, ist § 20 Abs 2 FGG nicht anwendbar –, der Vater bei Ablehnung seines Begehrens oder im Falle einer ihm nachteiligen Änderung einer seitherigen Umgangsregelung (Abs 2 S 3), die Mutter, auch die minderjährige Mutter (LG Heilbronn Justiz 1974, 461), wenn sie das Kind betreut, oder ein sonstiger Personensorgeberechtigter (s Rz 14) oder das Kind, vertreten durch den gesetzlichen Vertreter, ggf selbst, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat und damit verfahrensfähig ist (s Rz 67) – s § 59 FGG –, jeweils um geltend zu machen, die Anordnung diene nicht dem Wohle des Kindes, oder bei Ablehnung einer Änderung (Abs 2 S 3) mit der Begründung, eine Änderung diene dem Wohl des Kindes (Rz 49); ferner ist das *Jugendamt* im Interesse des Kindes beschwerdeberechtigt (§ 57 Abs 1 Nr 9 FGG), ebenso evtl ein sonstiger Dritter, der das Kind betreut und daher ein berechtigtes Interesse an der Wahrnehmung der Angelegenheit hat, zB die Großmutter mütterlicherseits.
- 75** In den **Verfahren des Abs 3** (Auskunftserteilung) ist beschwerdeberechtigt, wer durch die Entscheidung beschwert ist (§ 20 Abs 1 FGG), der Vater, wenn sein Begehren abgelehnt wurde, der Sorgeberechtigte, regelmäßig die Mutter, wenn eine Auskunftserteilung angeordnet wurde; dagegen ist hier § 57 Abs 1 Nr 9 FGG wohl nicht anzuwenden, wenn die Auskunftserteilung angeordnet wurde (s auch Rz 68).
- 76** Die **weitere Beschwerde** ist in den Verfahren des § 1711 Abs 2 ausgeschlossen (§ 63 a FGG), jedoch statthaft in dem den Auskunftsanspruch betreffenden Verfahren (BayObLG FamRZ 1983, 1169), da § 63 a FGG eben ausdrücklich nur die erwähnten Verfahren betrifft. Berücksichtigt man auch, daß in den Verfahren des § 1634 Abs 2 eine weitere Beschwerde (an den BGH) gemäß § 621 e Abs 2 ZPO zugelassen werden kann, so zeigt sich, wie unbefriedigend die Regelung des § 63 a FGG ist (s schon GÖPPINGER FamRZ 1966, 418, 424 f; JANSEN FGG § 63 a Rz 1).

§ 1712

Aufgehoben durch SorgeRG Art 1 Nr 41 (s Vorbem 4, 19 zu § 1705).

§§ 1713–1718

Aufgehoben durch NEhelG Art 1 Nr 25 (s Vorbem 3 aE zu § 1705).

Siebenter Titel

Legitimation nichtehelicher Kinder

Vorbemerkungen zu §§ 1719 ff

Schrifttum

BÖKELMANN, Probleme des Legitimationsrechts, StAZ 1969, 169; DIECKMANN, Probleme des Legitimationsrechts, StAZ 1983, 297; weitere Lit-Angaben s zu § 1720, Vorbem zu § 1723.

Systematische Übersicht

- | | |
|--|---|
| I. Übersicht 1 | III. Grundsätzliche Regelung nach dem BGB |
| II. Frühere und ausländische Rechte | 1. Ursprüngliche Fassung des BGB 15 |
| 1. Das ältere deutsche Recht 4 | 2. Das FamRÄndG 1961 17 |
| 2. Römisches Recht, Kanonisches Recht 5 | 3. NEhelG 18 |
| 3. Partikularrechte 7 | IV. Internationales und Interlokales Privatrecht |
| 4. Ausländische Rechte 13 | 1. Art 22 EGBGB 21 |
| | 2. Interlokales Privatrecht 25 |
| | V. Recht der DDR 26 |

I. Übersicht

1

Die §§ 1719–1740 g regeln die Legitimation eines nichtehelichen Kindes durch nachfolgende Eheschließung seiner Eltern und durch Ehelicherklärung.

Der Titel gliedert sich in **drei Untertitel** (s auch Einl zu § 1589): I. Legitimation durch nachfolgende Ehe (§§ 1719–1722), II. Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters (§§ 1723–1739), III. Ehelicherklärung auf Antrag des Kindes (§§ 1740 a–1740 g).

Diese neue Gliederung wurde durch das NEhelG eingeführt, zugleich wurde die Ehelicherklärung auf Antrag des Kindes geschaffen (hierzu s unten Vorbem 19 f). 2

Die Dreigliederung ist freilich nicht glücklich; denn die Ehelicherklärung auf Antrag des Kindes ist keine dritte Legitimationsart, sondern nur ein Unterfall der Legitimation durch Staatsakt (worauf schon BÖKELMANN FamRZ 1966, 546, 550 hingewiesen hatte).

In Untertitel I wurden §§ 1720, 1721 durch Art 1 Nr 26 NEhelG aufgehoben, da sie durch die neuen Regelungen der §§ 1600 a, 1600 f ff überholt waren (s § 1600 h Rz 2, § 1719 Rz 5 ff).

In Untertitel II wurden die §§ 1725, 1731, 1732, 1734, 1735 a, 1737, 1740 aufgehoben und die §§ 1723, 1727, 1728, 1729, 1735, 1738 geändert (Art 1 Nr 28–37 NEhelG).

Das *Gesetz zur Neuregelung der Volljährigkeit* v 31. 7. 1974 änderte § 1726 Abs 1 S 1, das *AdoptG* gab § 1719 die jetzige Fassung und strich § 1729 Abs 2, das *1. EheRG* fügte §§ 1720 und 1737 sowie § 1740 f Abs 2, 3 ein und faßte § 1740 g neu, das *SorgeRG* strich § 1738 Abs 3 und änderte die Überschrift vor § 1719 sowie §§ 1722, 1738 Abs 1, 2 und 1740 a Abs 2. 3

II. Frühere und ausländische Rechte

- 4 1. Das **ältere deutsche Recht** kannte keine Legitimation, was wohl damit zu erklären ist, daß die unehelichen Kinder im ganzen nicht ungünstig gestellt waren. Erst im Mittelalter, als sich die Rechtsstellung der unehelichen Kinder unter dem Einfluß der Kirche immer mehr verschlechterte, kam der Brauch auf, ein uneheliches Kind bei der Eheschließung unter den Mantel oder Gürtel zu nehmen (Mantelkind), um ihm damit die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes zu verschaffen. Diese Wahlkindschaft war keine eigentliche Legitimation (vgl CONRAD, Deutsche Rechtsgeschichte Bd I [2. Aufl 1962] 39, 158, 409; weitere Hinw s VoraufI Vorbem 2 zu § 1719).
- 5 2. Auch dem **römischen Recht** der älteren Zeit war eine Legitimation fremd. Erst in der nachklassischen Zeit konnten Konkubinenkinder – nicht auch andere uneheliche Kinder – dadurch die Stellung ehelicher Kinder erlangen, daß der Vater die Mutter heiratete (legitimatio per matrimonium subsequens); war dem Vater die Eheschließung mit der Konkubine nicht möglich oder nicht zuzumuten, so war unter bestimmten Voraussetzungen eine Legitimation durch kaiserlichen Gnadenakt zulässig (legitimatio per rescriptum principis). Daneben gab es als dritte Legitimationsart die Legitimation durch Übertragung des Dekurionats (legitimatio per oblationem curiae). Näheres hierzu m Lit-Hinw s VoraufI Vorbem 3 zu § 1719.
- 6 Das **kanonische Recht** ließ die legitimatio per matrimonium subsequens und die legitimatio per rescriptum principis bei allen unehelichen Kindern (außer bei solchen ex damnato coitu – Ehebruch, Blutschande –) zu. Die gemeinrechtliche Praxis beseitigte auch diese Ausnahme (Näheres s Vorbem 4 zu § 1719 und CONRAD FamRZ 1962, 322, 327).
- 7 3. Die Regelung in den **Partikularrechten** knüpfte an gemeinrechtliches Gedanken- gut an, war aber im einzelnen sehr unterschiedlich:
- 8 Nach dem **PrALR** (TI II Tit 2 §§ 592 ff) konnte ein uneheliches Kind durch richterlichen Ausspruch, durch Heirat der Eltern und durch obrigkeitliche Deklaration legitimiert werden; die erstere Form der Legitimation wurde durch § 22 des Gesetzes v 24. 4. 1854 (GS 193) beseitigt (weitere Einzelheiten s in der VoraufI Vorbem 6 zu § 1719).
- 9 Das **BayLR** (TI I cap 5 §§ 8, 9; TI III cap 3 § 13, § 14 Ziff 2; cap 12 § 2 Ziff 10, 11; § 3 Ziff 7, 8; § 4 Ziff 10) unterschied die Legitimation durch nachfolgende Ehe und die Legitimation durch landesherrliche Verordnung (Einzelheiten s in der VoraufI Vorbem 7 zu § 1719).
- 10 Nach **SächsBGB** (§§ 1780 ff, 1841, 2023) erwarben außereheliche Kinder durch nachfolgende Ehe ihrer Eltern von der Eingehung der Ehe an alle Rechte ehelicher Kinder (Näheres s in der VoraufI Vorbem 8 zu § 1719).
- 11 Der **code civil** (art 331 ff) und das **BadLR** (LRS 331 ff) kannten nur die Legitimation nach nachfolgende Ehe und schlossen von ihr die in Blutschande oder im Ehebruch erzeugten Kinder aus. Die durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder hatten dieselben Rechte, wie wenn sie in der Ehe geboren wären.
- 12 Über andere Rechte vor Inkrafttreten des BGB s Mot IV 919 ff, sowie auch CONRAD FamRZ 1962, 322, 327.
- 13 4. Auch die meisten **ausländischen Rechte** kennen die Legitimation unehelicher Kinder. Überflüssig geworden ist sie in Staaten des Ostblocks, die eine völlige Gleichstellung der unehelichen Kinder mit den ehelichen durchgeführt haben und den Begriff „unehelich“ oder „nichtehelich“ nicht mehr kennen (*Polen*, Familien- und Vormundschafts-Kodex, s Art 88 § 2, Art 93 § 2, Art 107 § 1; *Tschechoslowakei*, Familiengesetz, s §§ 39, 50; *Ungarn* Gesetz über Ehe, Familie und Vormundschaft, s

BERGMANN-FERID 15 Fn 1, s noch §§ 39, 72 Abs 2) sowie zB auch *Portugal* (s BERGMANN-FERID 20 c).

Hervorzuheben ist das neue *schweizerische Recht* (s Vorbem 53 zu § 1705 m Lit-Hinw), das mit der Abschaffung der Unterscheidung zwischen ehelichen und außer-ehelichen Kindern die Legitimation und Ehelicherklärung nicht mehr kennt. Art 259 ZGB nF bestimmt nur, daß, wenn die Mutter den Vater ihres Kindes heirate, auf das vorher geborene Kind die Bestimmungen über das während der Ehe geborene Kind entsprechend anzuwenden seien, sobald die Vaterschaft des Ehemannes durch Anerkennung oder Urteil festgestellt sei. 14

Dagegen kennen zB das *belgische Recht* (Art 331–333 Cc) und das *dänische Recht* (§ 4 des Ges über die Rechtsstellung von Kindern) die Legitimation, das französische Recht sowohl die Legitimation (Art 329 f, 331 ff Cc) wie die Ehelicherklärung (Art 330, 333 ff Cc).

Zum DDR-Recht s Vorbem 26.

III. Grundsätzliche Regelung nach dem BGB

1. Das BGB unterschied zwei Arten der Legitimation, die Legitimation durch nachfolgende Ehe (§§ 1719–1722) und die Legitimation durch Ehelicheitserklärung (§§ 1723–1740). Beide waren gegenüber allen unehelichen Kindern zulässig, selbst wenn sie im Ehebruch oder in Blutschande erzeugt waren. Ursprünglich war jedoch gemäß § 1732 (aufgehoben durch § 22 FamRÄndG 1938 – s zu diesem Vorbem 3 zu § 1591 –) die Ehelicheitserklärung solcher Kinder ausgeschlossen, deren Eltern zur Zeit der Erzeugung des Kindes wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft nicht hätten heiraten können. 15

Die beiden Arten der Legitimation unterschieden sich nicht nur in den *Voraussetzungen*, sondern zT auch in den *Wirkungen*. Die Legitimation durch nachfolgende Ehe erfolgte kraft Gesetzes, ohne daß es auf den Willen des Kindes und der Eltern ankam (§ 1719). Die Ehelicheitserklärung wurde – seit dem Inkrafttreten des FamRÄndG 1961 am 1. 1. 1962 – vom VormG ausgesprochen (s auch Vorbem 45 zu § 1705), erforderte einen Antrag des Vaters, ein Vaterschaftsanerkennntnis, die Einwilligung des Kindes, der Ehefrau des Vaters und – bis zur Volljährigkeit des Kindes – auch der Mutter und sollte nur erfolgen, wenn sie dem Wohle des Kindes entsprach und ihr keine triftigen Gründe entgegenstanden (§§ 1723, 1725, 1726, 1734 – zum jetzigen Rechtszustand s §§ 1723, 1726 –). Beide Legitimationsarten verschafften dem Kinde zwar grundsätzlich die Stellung eines ehelichen Kindes (§§ 1719, 1736); eine volle Gleichstellung wurde jedoch nur bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe erreicht; die Ehelicheitserklärung erstreckte ihre Wirkungen nicht auf die Verwandten des Vaters, die Ehefrau des Vaters und den Ehegatten des Kindes (§ 1737 aF). 16

2. Das FamRÄndG 1961 brachte einige bedeutsame Änderungen: Vor allem waren durch die Neufassung der §§ 1721, 1735 a die Vorschriften über die Anfechtung der Ehelicheit ehelich geborener Kinder im wesentlichen auf beide Arten der Legitimation ausgedehnt worden; § 1593 galt für sie entsprechend; dies bedeutete, daß auch diese Kinder ihre Rechtsstellung nur durch erfolgreiche Anfechtung der Ehelicheit verlieren konnten und vorher jede Geltendmachung ihrer Unehelicheit unzulässig war. Bei den durch nachfolgende Eheschließung der Eltern legitimierten Kindern wurde dabei allerdings vorausgesetzt, daß das VormG die Legitimation im Verfahren des § 31 PStG rechtskräftig festgestellt hatte. Änderungen der §§ 1723, 1734 nahmen der Ehelicheitserklärung den Charakter einer Gnadensache. 17

- 18 3. Das NEhelG** führte aus sprachlichen Gründen im Anschluß an das (damals noch geltende) schweizerische Recht den Begriff „Ehelicherklärung“ ein und brachte grundlegende Änderungen (s auch Begründung des RegE, BT-Drucks V/2370, 72; JANSEN-KNÖPFEL 299 f; sowie oben Vorbem 1 f). Hervorzuheben ist dabei vor allem die Aufhebung der §§ 1721, 1735 a und die Einführung der Ehelicherklärung von Brautkindern (§§ 1740 a ff), wenn das Verlöbnis durch den Tod eines Verlobten aufgelöst worden ist (s auch Vorbem 45 ff, 55 zu § 1705). Mit den Änderungen des II. Untertitels (§§ 1723 ff) sollte die Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters erleichtert werden (s Begründung des RegE aaO).
- 19** Zur Einführung der **Ehelicherklärung auf Antrag des Kindes** wies die Begründung des RegE (BT-Drucks aaO 76; JANSEN-KNÖPFEL 323) auf folgendes hin: Daß die Ehelicherklärung nach dem *Tode des Vaters* nicht mehr möglich sei (§ 1733), werde vielfach als Mangel empfunden, wenn die Eltern des Kindes verlobt gewesen seien und der Mann vor der Eheschließung gestorben sei; in diesem Fall ähnele die tatsächliche Stellung der Mutter eher der einer Witwe als einer unehelichen Mutter. Hätte der Tod nicht die Eheschließung verhindert, so wäre die Mutter verheiratet und das Kind ehelich . . . Hier bestehe kein gespanntes Verhältnis zwischen den Eltern des unehelichen Kindes, das von Enttäuschung, Schuldgefühlen oder gar Haß bestimmt sein könne; das Kind werde in der Regel auch von der Familie des Mannes als verwandt betrachtet und hingenommen . . . Die Frage der Rechte des Vaters und ihre Konkurrenz mit den Rechten der Mutter entstehe nicht; es bestehe nicht die Gefahr, daß die Ehelicherklärung ein Konkubinat verdecken solle. Bei Vorliegen einer rechtswirksamen Verlobung stünden der Ehelicherklärung auch nicht schutzwürdige Interessen der Familie des Vaters entgegen; ferner sei es unbedenklich, dem Kinde die Erbenstellung wie einem ehelichen Kinde und auch den Namen des Vaters zu geben. Etwaige eheliche Kinder und die übrigen Verwandten des Vaters stünden durch die Ehelicherklärung nicht schlechter, als wenn die Ehe zustandegekommen wäre.
- Zu den gegen die obigen Darlegungen bestehenden Bedenken, insbesondere hinsichtlich der unterschiedlichen Regelung der Voraussetzungen der §§ 1723 und 1740 a s § 1740 a Rz 2.
- 20** Zu dem Fall, daß das Verlöbnis der Eltern des Kindes durch den *Tod der Mutter* aufgelöst wurde, legte die Begründung des RegE dar (aaO, JANSEN-KNÖPFEL 324): Die Ehelicherklärung solle auch in diesem Falle ermöglicht werden, da die Ehelicherklärung auf Antrag des Kindes leichtere Voraussetzungen haben solle als die Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters und das Kind gemäß § 1740 f in stärkerem Maße einem ehelichen Kinde gleichstelle; es bestehe kein sachlicher Grund, diese Fälle (dh des Todes des Vaters oder der Mutter) verschieden zu behandeln. Das Kind solle im Falle des Todes der Mutter nicht auf die schwächere Möglichkeit der Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters verwiesen werden. Es solle insbesondere ein Recht haben, das Verfahren in Gang zu bringen; in manchen Fällen werde der Vater nicht bereit sein, die Ehelicherklärung von sich aus zu beantragen, jedoch vom VormG auf seine Verantwortlichkeit hingewiesen, seine Einwilligung erteilen, wenn das Kind den Antrag gestellt habe. Zu den auch gegen diese Ausführungen bestehenden Bedenken s § 1740 a Rz 3.

IV. Internationales und Interlokales Privatrecht*

- 21 1. Gemäß Art 22 Abs 1 EGBGB** bestimmt sich die Legitimation eines nichtehelichen Kindes, wenn der Vater zZt der Legitimation Deutscher ist, nach den deutschen Gesetzen; dieser einseitigen Kollisionsnorm ist der Grundsatz zu entnehmen, daß sich die Legitimation eines nichtehelichen Kindes nach dem Recht des Staates richtet, dem der Vater zZt der Legitimation angehört. Auf die Staatsangehörigkeit des Kindes kommt es regelmäßig nicht an. Ob die Regelung des Art 22 Abs 1 verfassungsgemäß ist oder gegen Art 3 Abs 2 GG verstößt, ist umstritten (für Verfassungsmäßigkeit PALANDT-HELDRICH Anm 2 a; MünchKomm-KLINKHARDT Rz 22; ERMANN-MARQUORDT Rz 4, alle zu Art 22 EGBGB; anders KROPHOLLER FamRZ 1976, 316;

* **Schrifttum:** BEITZKE, Beischreibung ausländischer Ehelicherklärungen, StAZ 1974, 225; HABSCHEID, Randvermerke im Geburtenbuch auf Grund ausländischer gerichtlicher Entscheidungen, FamRZ 1981, 1142.

STURM StAZ 1978, 21; GÖRGENS FamRZ 1978, 762; HELD StAZ 1979, 297). Die Vorschrift wird allgemein als vorkonstitutionelles Recht beurteilt (s zB HELDRICH aaO). Ob diese Auffassung indes noch aufrechterhalten werden kann, muß nach der Begründung der Entscheidung des BVerfG zu Art 15 EGBGB (BVerfGE 63, 181 = NJW 1983, 1968 = FamRZ 1983, 562 = IPRax 1983, 223) als zweifelhaft beurteilt werden. – Zum Namensrecht und Personalstatut s BGH FamRZ 1983, 878.

Eine Schutzvorschrift zugunsten deutscher Kinder enthält **Art 22 Abs 2**, wonach bei ausländischem Heimatrecht des Vaters die Legitimation unwirksam ist, wenn die nach deutschen Gesetzen erforderliche Einwilligung des Kindes oder eines Dritten, zu dem das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis steht (vgl §§ 1726 Abs 1 S 1, Abs 3, 1727–1729, 1740 b), nicht erfolgt ist (s zB BGHZ 64, 19 = NJW 1975, 1072 = FamRZ 1975, 273; hierzu GEIMER NJW 1975, 2141; BayObLGZ 1979, 297 = StAZ 1980, 44 = FamRZ 1980, 402 LS; PALANDT-HELDRIICH Art 22 Anm 2 b aa; ERMAN-MARQUORDT Art 22 Rz 15 f; MünchKomm-KLINKHARDT Art 22 Rz 141; BEITZKE StAZ 1974, 225, 227; HABSCHIED FamRZ 1981, 1142, 1147). Doch gilt dies nicht für die Einwilligung der Ehefrau des Vaters gemäß § 1726 Abs 1 (OLG Hamm StAZ 1976, 104 m zustimm Anm BEITZKE; ERMAN-MARQUORDT aaO Rz 15).

ZT wird angenommen, versage eine ausländische Rechtsordnung die Legitimation eines nichtehelichen Kindes durch nachfolgende Ehe seiner Eltern, so verstoße dies gegen den deutschen **ordre public** (**Art 30 EGBGB**), jedenfalls dann, wenn das Kind und (mindestens) ein Elternteil im Inland leben (BGHZ 50, 370 = NJW 1969, 369 = FamRZ 1968, 642; BGH NJW 1978, 1107 = FamRZ 1978, 233, 407 geänderter LS = JZ 1978, 476 m krit Anm KÜHNE; SOERGEL-LIERMANN [Erg 1983] § 1719 Rz 5; MünchKomm-KLINKHARDT Art 22 Rz 94; OLG Köln StAZ 1979, 241; AmtsG Freiburg StAZ 1981, 149; AmtsG Hannover StAZ 1982, 72 [in diesen drei Fällen waren jeweils Mutter und Kind deutsche Staatsangehörige, alle Beteiligten waren in der Bundesrepublik ansässig; im ersten Fall ging es um islamisches Recht hanefitischer Schule [Pakistan], im zweiten Fall um afghanisches Recht, im dritten Fall um iranisches Recht]; OLG Zweibrücken IPRax 1983, 43, hierzu WENGLER das 28 [indisches Recht; doch waren die Inlandsbeziehungen der Beteiligten noch nicht ausreichend geklärt]; anders GERNHUBER § 61 I 1).

In dem RegE zur Neuregelung des IPR (BT-Drucks 10/504) ist als Art 21 Abs 1 vorgesehen, daß die Legitimation durch nachfolgende Ehe dem nach Art 14 Abs 1 für die allgemeinen Wirkungen der Ehe bei der Eheschließung maßgebenden Recht unterliege. Wenn die Ehegatten verschiedenen Staaten angehören, so werde das Kind auch dann legitimiert, wenn es nach dem Recht eines dieser Staaten legitimiert werde. Die Legitimation in anderer Weise als durch nachfolgende Ehe unterliege nach Art 21 Abs 2 dem Recht des Staates, dem der Elternteil, für dessen eheliches Kind das Kind erklärt werden solle, bei der Legitimation angehöre oder, falls er vor dieser gestorben sei, angehört habe.

2. Im interlokalen Recht sind die Regeln des Art 22 Abs 1 und 2 entsprechend anzuwenden; die bisher verbreitete Meinung (s noch VoraufI Vorbem 16 zu § 1719) knüpfte hierbei statt der Staatsangehörigkeit an den gewöhnlichen Aufenthalt an. Doch kann diese Auffassung nicht mehr aufrechterhalten werden. Im Hinblick auf die Regelungen der Art 16, 116 Abs 1 GG ist von dem Fortbestehen einer einheitlichen deutschen Staatsangehörigkeit auszugehen, was zur Folge hat, daß die Angehörigen der DDR auch diese gesamtdeutsche Staatsangehörigkeit besitzen, neben ihrer „Staatsbürgerschaft“, also faktisch Doppelstaater sind und daher kollisionsrechtlich das Personalstatut, soweit es darauf ankommt, an die effektiveren der beiden Staatsangehörigkeiten anzuknüpfen ist (s PALANDT-HELDRIICH Vorbem 14 a, c zu Art 7 EGBGB; GÖPPINGER, Unterhaltsrecht Rz 1854 je mwH). Im Ergebnis berührt sich diese Auffassung freilich weitgehend mit der bisherigen Meinung, es sei

denn, der Vater habe seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem dritten Staat (s HELDRICH aaO Vorbem 14 c).

26 V. Recht der DDR

Im FGB der DDR werden die Begriffe und Unterscheidungen „ehelich“ und „nicht-ehelich“ nicht mehr verwendet. Der Begriff „nichtehelich“ wird umschrieben, vor allem mit der Wendung, ob die Mutter verheiratet oder nicht verheiratet ist; so kennt das FGB auch nicht ausdrücklich den Begriff „Legitimation“. § 54 Abs 4 FGB bestimmt dazu nur: Heiraten die Eltern eines vor der Eheschließung geborenen Kindes, so erlangt es mit der Eheschließung die Rechtsstellung eines während der Ehe geborenen Kindes. Das Institut der Ehelicherklärung kennt das FGB nicht mehr.

Zum früheren Rechtszustand s VoraufI § 1719 Rz 44.

I. Legitimation durch nachfolgende Ehe

§ 1719

Ein nichteheliches Kind wird ehelich, wenn sich der Vater mit der Mutter verheiratet; dies gilt auch, wenn die Ehe für nichtig erklärt wird. Wird das Kind vor der Eheschließung als Minderjähriger oder nach § 1772 von einer anderen Person als seinem Vater oder seiner Mutter als Kind angenommen, so treten die in Satz 1 bestimmten Wirkungen erst ein, wenn das Annahmeverhältnis aufgehoben wird und das Verwandtschaftsverhältnis und die sich aus ihm ergebenden Rechte und Pflichten des Kindes zu seinen leiblichen Eltern wieder aufleben.

E I § 1579; II § 1606; III 1695; Mot IV 919 ff; Prot IV 698; AdoptG Art 1 Nr 2 a

Systematische Übersicht

I. Allgemeines, Entstehungsgeschichte

1. Allgemeines 1
2. Entstehungsgeschichte 2
 - a) Ursprüngliche Regelung, spätere Änderungen, Zusammenhang mit §§ 1720, 1721 3
 - b) NEhelG 7
 - c) S 2 (AdoptG) 8

II. Voraussetzungen der Legitimation

1. Allgemeines 9
2. Nichteheliches Kind
 - a) Zum Begriff 10
 - b) Vorausgegangene Adoption? 11
 - c) Vorausgegangene Ehelicherklärung? 18
3. Eheschließung der Eltern des Kindes
 - a) Gültige Eheschließung 19
 - b) Leibliche Eltern, Feststellung der Vaterschaft 21
4. Keine Einwilligung der Beteiligten 23

III. Eintritt und Wirkungen der Legitimation

1. Grundsätzliches 24
2. Feststellung der Vaterschaft vor Eheschließung 27
3. Feststellung der Vaterschaft nach der Eheschließung
 - a) Rückwirkung 28
 - b) Tod des Vaters vor Feststellung der Vaterschaft 33
4. Das Verhältnis des § 1719 zu § 1593 35
5. Die Rechtsstellung des Kindes, Einzelheiten
 - a) Volle Rechtsstellung eines ehelichen Kindes 38
 - b) Staatsangehörigkeit 41
 - c) Aufhebung der Pflegschaft bzw Vormundschaft 42

IV. Eintragungen im Geburtenbuch und Familienbuch

1. Randvermerk im Geburtenbuch, Eintragung im Familienbuch 47
2. Legitimation nach ausländischem Recht 49

V. Wegfall der Legitimationswirkungen

1. Anfechtung der Anerkennung der Vaterschaft, Aufhebung gerichtlicher Feststellung 50
2. Wirkungen 54

Alphabetische Übersicht

Abstammungsurkunde 48	Legitimation kraft Gesetzes 23 f, 28 f, 33
AdoptG 2, 8	– Wirkungen 27 f, 37, 38 ff
Adoption 11 ff	– – Wegfall 50 ff
AmtsG 49	Legitimationsfeststellungsverfahren (früh Recht) 6, 36
Anerkennung der Vaterschaft 21	
– Anfechtung 50	Mutter, wirkliche 21
– Formmängel 26, 52	
– wahrheitswidrige 25	Namensänderung 32, 39
Aufhebung der Pflegschaft bzw Vormundschaft 30, 42, 45 f	NEhelG 7
Ausländisches Recht 24, 49	Nichteheliches Kind 10, 54
Ehelicherklärung 18	Pfleger als gesetzl Vertreter des Kindes 30, 43, 45
Ehenichtigkeit 4, 20, 53	Pflegschaft, Aufhebung 24, 30, 42
Eheschließung 9, 18 ff	– erneute 55
Entstehungsgeschichte der Vorschrift 2 ff	
Erbrecht 33 f, 40	Rechtsstellung als eheliches Kind 38 ff
Familienbuch 47	Staatsangehörigkeit 41
Feststellung der Vaterschaft 9, 21, 27 ff, 50 f	
– nach Eheschließung 28 ff	Unterhalt 39
– vor Eheschließung 27	
Geburtenbuch 26, 37, 47, 49	Vater, Tod nach Eheschließung, vor Feststellung der Vaterschaft 33
Geburtsurkunde 48	Vormund als gesetzl Vertreter des Kindes 44 f
GG Art 6 Abs 5 33, 37	Vormundschaft, Aufhebung 39, 42, 45 f
	– erneute 55
Jugendamt, Pfleger, Vormund 55	
	Wohnsitz des Kindes 39

I. Allgemeines, Entstehungsgeschichte

1. § 1719 handelt von den Voraussetzungen und Wirkungen der Legitimation eines nichtehelichen Kindes durch nachfolgende Eheschließung seines Vaters (§ 1600 a) und seiner Mutter. Über die grundsätzliche Regelung nach dem BGB und die Unterschiede zwischen der Legitimation durch nachfolgende Ehe und der Ehelicherklärung s Vorbem 15 ff.

2. Die **geltende Fassung** des § 1719 beruht auf Art 1 Nr 11 des FamRÄndG 1961 und Art 1 Nr 2 a des AdoptG.

a) **Ursprünglich** lautete die Vorschrift wie folgt:

Ein uneheliches Kind erlangt dadurch, daß sich der Vater mit der Mutter verheiratet, mit der Eheschließung die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes.

Das **FamRÄndG** änderte den Wortlaut der Vorschrift und fügte einen zweiten Halbsatz hinzu, der den Sonderfall der nichtigen Ehe regelte (ursprünglich § 1721):

Ein uneheliches Kind wird ehelich, wenn sich der Vater mit der Mutter verheiratet; dies gilt auch, wenn die Ehe für nichtig erklärt wird.

Die Neufassung des S 1 brachte deutlicher zum Ausdruck, daß die durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder den ehelich geborenen gleichstehen. S 1 HS 2 führte die Neuerung ein, die der Regelung des § 1591 Abs 1 S 1 HS 2 entspricht (s § 1591 Rz 10), daß die Legitimationswirkungen auch nach Nichtigklärung der Ehe (§ 23 EheG) bestehen bleiben.

- 5 Im Zusammenhang mit § 1719 stand die frühere Vorschrift des § 1720, die besagte:

Der Ehemann der Mutter gilt als Vater des Kindes, wenn er ihr innerhalb der im § 1717 Abs 2 bestimmten Empfängniszeit beigewohnt hat, es sei denn, daß es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat.

Erkennt der Ehemann seine Vaterschaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde an, so wird vermutet, daß er der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe.

- 6 Mit der Regelung des § 1719 stand weiterhin die Vorschrift des § 1721 im Zusammenhang, die folgenden Wortlaut (idF des FamRÄndG, Art 1 Nr 12) hatte:

Hat das Vormundschaftsgericht rechtskräftig festgestellt, daß ein uneheliches Kind durch die Eheschließung seiner Eltern ehelich geworden ist, und ist der Mann nicht der Vater des Kindes, so sind die §§ 1593 bis 1599 entsprechend anzuwenden. Der Mann kann die Ehelichkeit des Kindes nur anfechten, wenn er erst nach der Eheschließung Kenntnis von den Umständen erlangt, die für die Unehelichkeit des Kindes sprechen. Bei Anwendung des § 1594 Abs 4 und des § 1595 a Abs 2, 3 ist statt des Zeitpunktes der Geburt des Kindes der Zeitpunkt der Eheschließung der Mutter maßgebend.

Mit dem ersten Satzteil des S 1 war das durch das FamRÄndG 1961 eingeführte Legitimationsfeststellungsverfahren gemäß § 31 PStG gemeint (zu diesem s Vorauf § 1719 Rz 23 ff).

- 7 **b)** Das **NEhelG** brachte dann mit der Regelung des § 1600 a die grundlegende Neuerung, daß die Rechtswirkungen der Vaterschaft erst mit der Feststellung der Vaterschaft geltend gemacht werden können; damit setzt die Legitimation die Feststellung der Vaterschaft voraus (s auch § 1600 a Rz 36, 46; sowie unten Rz 27 ff). Daher waren nun die Vorschriften der §§ 1720, 1721 aF sowie § 31 PStG idF des NEhelG überholt (s auch Vorbem 2 zu § 1719).
- 8 **e)** S 2 beruht auf Art 1 Nr 2 a AdoptG; zugleich mit diesem Zusatz wurde in S 1 das Wort „*unehelich*“ in „*nichtehelich*“ geändert.

II. Voraussetzungen der Legitimation

- 9 **1.** Die Legitimation setzt voraus, daß das Kind *nichtehelich* ist und *vor der Eheschließung geboren* ist (s § 1591 Rz 7, § 1593 Rz 8), sowie daß die Vaterschaft des Ehemannes der Mutter des Kindes *festgestellt* ist.
- 10 **2. a)** Legitimiert werden kann nur ein Kind, das im Rechtssinne **nichtehelich** ist (s dazu Vorbem 3 zu § 1600 a). Dies ist vor allem dann nicht der Fall, wenn die Ehelichkeit des Kindes noch nicht rechtskräftig angefochten ist (vgl § 1593). Zu Sonderfällen s Rz 16, 18.
- 11 **b)** War das Kind inzwischen von einem Dritten (also nicht vom Vater oder von der Mutter – s § 1741 Abs 3 S 2 –) **adoptiert** worden, so hat es damit die Rechtsstellung

eines ehelichen Kindes des Annehmenden erlangt (§§ 1741, 1754). Daher kann eine Legitimation nur und erst in Betracht kommen, wenn die Annahme als Kind aufgehoben ist (§§ 1759 ff) und damit das Verwandtschaftsverhältnis zu den leiblichen Eltern wieder auflebt (§ 1764 Abs 3), s § 1719 S 2. Dagegen kann das Kind noch legitimiert werden, wenn zwar die Mutter die Einwilligung zur Adoption erklärt, die Verzichtserklärung des Vaters (§ 1747 Abs 2 S 3) aber nicht wirksam geworden ist (OLG Hamm NJW 1983, 1741 = FamRZ 1982, 845 = ZblJugR 1982, 418 = OLGZ 1982, 282).

Die Heirat der leiblichen Eltern des Kindes wäre kein Grund zur Aufhebung der Adoption (§ 1763 Abs 1). 12

War das Kind von der Mutter und ihrem (früheren) Ehemann (der also nicht der leibliche Vater des Kindes ist) oder von dem Vater (§ 1600 a) und seiner (früheren) Ehefrau adoptiert worden und heiratet der leibliche Elternteil nach geschiedener Ehe den anderen leiblichen Elternteil, so tritt die Legitimation erst ein, wenn das Annahmeverhältnis (zu dem Adoptivelternteil, der nicht leiblicher Elternteil ist) aufgehoben ist, wie aus dem Wortlaut des § 1719 S 2 zu schließen ist (ebenso GERNHUBER § 61 I 3; vgl auch OLG Braunschweig StAZ 1978, 212, 214 obiter; zum Annahmeverhältnis gegenüber dem leiblichen Elternteil s Rz 15 f und zur Aufhebung der Annahme Rz 14). 13

War das nichteheliche Kind des einen Ehegatten vom anderen Ehegatten angenommen worden (§ 1741 Abs 2 S 2. Alt, s auch § 1755 Abs 2), wird die Ehe geschieden und die elterliche Sorge dem leiblichen Elternteil zugeteilt (§ 1671), so wird das Kind ebenso erst nach Aufhebung der Adoption, wenn die leiblichen Eltern heiraten, legitimiert. Hier dürften, gerade um die Legitimation zu ermöglichen, für die Aufhebung der Adoption schwerwiegende Gründe (§ 1763 Abs 1) sprechen (GERNHUBER aaO; vgl auch BayObLGZ 1979, 386 = FamRZ 1980, 498 = DAVorm 1980, 39 zur Scheidung der Ehe, Adoption eines Kindes durch beide Ehegatten und Aufhebung der Adoption gegenüber einem Ehegatten). 14

War das Kind von der Mutter oder dem Vater (§ 1600 a) adoptiert worden (§ 1741 Abs 3 S 2) und schließen diese später die Ehe, so steht die Adoption der Legitimation nicht entgegen (§ 1719 S 2). Die Adoption erlischt mit der Legitimation, was das Gesetz freilich nicht ausdrücklich sagt, was aber aus dem Zusammenhang zu schließen ist (so auch GERNHUBER § 61 I 3; SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 7 ff; OLG Braunschweig StAZ 1978, 212, 213 obiter). Denn ein Kind kann rechtlich nicht zugleich leibliches Kind und angenommenes Kind sein (ebenso ROTH-STIELOW aaO Rz 10; zum früheren Recht s ENGLER StAZ 1976, 159). 15

Zu beachten ist, daß in diesen Fällen – wie auch in dem Falle Rz 13, wenn das Kind zugleich von einem leiblichen Elternteil angenommen worden war – das Kind freilich nicht mehr nichteheliches Kind ist, eben zufolge der Adoption, also in Ausnahme von Rz 10. Hier handelt es sich um Nachwirkungen der früheren Rechtsstellung des Kindes (vgl auch zum Problem der Vaterschaftsfeststellung nach der Adoption des Kindes § 1600 b Rz 16). 16

War das schon **volljährig gewordene Kind** adoptiert worden (§ 1770 Abs 2) und schließen die leiblichen Eltern des Kindes die Ehe, so wird das Kind damit zwar legitimiert (s zur Legitimation eines volljährigen Kindes Rz 23), doch bleibt das durch die Adoption begründete Rechtsverhältnis bestehen (Näheres hierzu in den Erläuterungen des § 1770, zur Unterhaltspflicht des Annehmenden zB s § 1770 Abs 3). 17

Indes gelten in den in § 1772 geregelten Fällen Besonderheiten: Hier sind die Vorschriften der §§ 1754–1756 über die Volladoption ebenfalls anzuwenden, damit gelten in diesen besonderen Fällen die Darlegungen der Rz 11–16 ebenso.

- 18 c) War das Kind auf Antrag des Vaters für **ehelich erklärt** worden (§ 1723) und schließen die Eltern später die Ehe, so ist hier ebenfalls anzunehmen, daß das Kind mit der Eheschließung legitimiert wird (analog S 2; s auch DIECKMANN StAZ 1983, 297, 308). Hier handelt es sich ebenfalls um eine Nachwirkung der früheren Rechtsstellung des Kindes (s Rz 16; sowie ERMAN-HOLZHAUER Rz 3).
- 19 3. a) § 1719 S 1 setzt ferner voraus, daß die der Geburt des Kindes nachfolgende **Eheschließung** seiner Eltern **gültig** ist (§ 11 EheG, zur Eheschließung im Ausland s Art 11 Abs 1, 13 Abs 1 EGBGB, hierzu s die dortigen Erl; ferner s KG NJW 1982, 528 [Vater Ägypter], sowie den vom BGH FamRZ 1982, 52 = IPRax 1982, 192, dazu JAYME und GOUSSUS das 179, entschiedenen Fall [Vater Jordanier]; zu Art 22 s Vorbem 21 ff).
- 20 Litt die Eheschließung an Mängeln iS der §§ 16–21 EheG und wird die Ehe deshalb für nichtig erklärt (§ 23 EheG), so ändert dies gleichwohl nichts an der Legitimationswirkung (S 1 HS 2, s auch Rz 4). Ebenso wird diese durch eine Aufhebung der Ehe (§§ 29–34 EheG) nicht beseitigt (vgl § 37 EheG zu vermögensrechtlichen Folgen). Somit tritt eine Legitimationswirkung nur dann nicht ein, wenn die Ehe als *Nichtehe* zu beurteilen ist.
- 21 b) Weitere Voraussetzung ist, daß die *wirkliche Mutter* – woran es fehlt, wenn das Kind etwa verwechselt oder unterschoben worden ist – *und der festgestellte Vater* (§ 1600 a) die Ehe schließen.
- Die Feststellung der Vaterschaft muß beruhen auf einer wirksamen Anerkennung der Vaterschaft (s dazu § 1600 a Rz 23 ff) oder einer gerichtlichen Feststellung (§ 1600 n, s dort Rz 1 ff).
- 22 Hatte ein anderer Mann die Vaterschaft anerkannt, so kann eine Legitimation erst eintreten, wenn die Anerkennung erfolgreich angefochten ist (§§ 1600 f Abs 1 2. Alt, 1600 g ff, s die dortigen Erläuterungen, insbesondere § 1600 f Rz 22 ff) und dann die Vaterschaft des Ehemannes der Mutter festgestellt ist.
- 23 4. Da die Legitimation kraft Gesetzes eintritt (s Rz 24), bedarf sie keiner Einwilligung, und zwar weder der Eheleute noch des Kindes, auch nicht, wenn dieses schon volljährig ist (zu den namensrechtlichen Auswirkungen s § 1720). Ein etwaiger Widerspruch eines Beteiligten gegen die Legitimation ist ohne rechtliche Wirkungen.

III. Eintritt und Wirkungen der Legitimation

24 1. Grundsätzliches

Die Legitimation tritt, wie sich aus der Formulierung des Gesetzes ergibt „... *wird ehelich*, wenn ...“ (s auch Rz 4, 23) kraft Gesetzes ein (zur Aufhebung der Pflegschaft, § 1919, s Rz 42). Einer besonderen (vormundschafts-)gerichtlichen Anordnung oder Feststellung, wie nach früherem Recht (s Rz 6), bedarf es nicht mehr, da ja nun die Vaterschaft mit allgemein bindender Wirkung festgestellt wird (s dazu Rz 7; zu dem Falle, daß, wenn ausländisches Recht anzuwenden ist, der Standesbeamte vor der Eintragung der Legitimation im Geburtenbuch die Entscheidung des AmtsG einzuholen hat, § 31 Abs 2 PStG, s Rz 49).

- 25 Die Legitimation tritt auch ein, wenn die Vaterschaftsanerkennung bewußt wahrheitswidrig war, zB wenn der Mann mit der Mutter des Kindes in der fraglichen Zeit überhaupt keine geschlechtlichen Beziehungen gepflogen hatte (zur Wirksamkeit der Anerkennung s § 1600 a Rz 21, § 1600 c Rz 5 f, § 1600 f Rz 9).

Die Legitimation tritt andererseits nicht ein, wenn die Anerkennung der Vaterschaft an Formmängeln leidet und daher unwirksam ist (s dazu § 1600 f Abs 1 1. Alt, § 1600 f Rz 6 f). Wird die Unwirksamkeit nicht geltend gemacht (s § 1600 f Rz 11 ff), so wird der Mangel freilich nach Ablauf von fünf Jahren seit Eintragung der Anerkennung im Geburtenbuch geheilt (s dazu § 1600 f Rz 17 ff).

2. Feststellung der Vaterschaft vor Eheschließung

27

In diesem Falle tritt die Legitimation *mit der Eheschließung* ein, also nicht rückwirkend, etwa auf den Zeitpunkt der Geburt (rückwirkende Kraft, nämlich auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes hat nur die Vaterschaftsfeststellung, s § 1600 a Rz 46). Dies hat zur Folge, daß Ansprüche, die dem Kinde aus der Zeit vor der Eheschließung seiner Eltern noch zustehen, zB gegen den Vater rückständige Ansprüche auf Zahlung insbesondere des Regelunterhalts, § 1615 f, bestehen bleiben (zur Geltendmachung s § 1706 Nr 2, wenn die Pflegschaft noch besteht, zum letzteren s Rz 43).

3. Feststellung der Vaterschaft nach der Eheschließung

28

a) Nach ganz hM tritt in diesem Falle die Legitimation *rückwirkend* mit der Eheschließung ein (s vor allem GERNHUBER § 61 I 5: zwar sei der Tatbestand der Legitimation erst mit dem späteren Akt der Vaterschaftsfeststellung vollendet, doch wäre die [wenn auch zeitlich beschränkte] Konsequenz der Nichtehelichkeit trotz Elternehe absurd; ferner s MünchKomm-Hinz Rz 3; ODERSKY Anm II 2; ERMAN-HOLZHAUER Rz 4; SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 3; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2 b; BEITZKE § 32 I 3 b; krit aber DIECKMANN StAZ 1983, 297, 304 f). Dies gilt auch dann, wenn die Vaterschaft erst nach der *Scheidung* der Ehe festgestellt wird (OLG Köln DAVorm 1984, 614 – zur Anerkennung der Vaterschaft–).

Die dargelegte Auffassung folgt aus der *rückwirkenden Kraft der Vaterschaftsfeststellung* (s Rz 27). DIECKMANN (aaO) ist zwar zuzugeben, daß sie zuweilen zu Schwierigkeiten und Problemen führt; doch sind diese lösbar und können keine andere Rechtsauffassung begründen.

Die (regelmäßig bestehende) Amtspflegschaft (§§ 1706, 1709) erlischt erst mit ihrer ausdrücklichen Aufhebung (§ 1919, s dazu auch Rz 42). Bis zu diesem Zeitpunkt ist der Pfleger rechtmäßiger gesetzlicher Vertreter des Kindes. Die etwaigen Vertretungsakte des Pflegers sind und bleiben wirksam (soweit keine sonstigen Gründe für eine Unwirksamkeit vorliegen), denn die Pflegschaft wird nur ex nunc aufgehoben (vgl übrigens auch § 115, sowie § 32 FGG).

Hatte die Mutter kraft ihrer Befugnis gemäß § 1705 Vertretungsakte vorgenommen, so sind diese ebenfalls als wirksam zu beurteilen (soweit sie nicht gegen § 1630 Abs 1 verstoßen). Der Vater ist nun (scheinbar) rückwirkend ebenfalls als vertretungsbe-rechtigt anzusehen (dh iS des Gesamtvertretungsrechts gemäß § 1629 Abs 1 S 2 HS 1); doch muß angenommen werden, daß im Hinblick auf die Vorschrift des § 1600 a S 2 die Vertretungsmacht des Vaters für die Zeit bis zur Feststellung der Vaterschaft ruhte, hier dürfte § 1629 Abs 1 S 3 1. Satzteil entsprechend anzuwenden sein. Soweit der Pfleger gemäß § 1706 Nr 1 tätig wurde, käme eine Vertretungsmacht des Vaters ohnehin nicht in Betracht.

Hatte etwa das Kind die Altersgrenze von 14 Jahren (§ 1720 S 1) zwischen der Eheschließung und der Feststellung der Vaterschaft überschritten, so ist auch hier auf den Zeitpunkt der Eheschließung abzustellen, also eine Namensänderung rückwirkend anzunehmen (s dazu § 1720 Rz 10).

- 33 b) Ist der Vater nach der Eheschließung vor der Feststellung der Vaterschaft gestorben, so wirkt auch hier die Feststellung auf den Zeitpunkt der Eheschließung zurück, das Kind wird mit der Eheschließung rückwirkend ehelich (ebenso BEITZKE § 32 I 3 b; MünchKomm-HINZ § 1719 Rz 7; wohl auch GERNHUBER § 61 I 5; anders aber DIECKMANN StAZ 1982, 266, 270 f; StAZ 1983, 297, 304), und zwar kraft Gesetzes (s oben Rz 24, 28 f). Damit sind die Vorschriften der §§ 1934 a ff **nicht mehr anwendbar** und kommt es auf das Alter des Kindes und den Zeitpunkt der Vaterschaftsanerkennung oder der Rechtshängigkeit der Feststellungsklage (§ 1600 n Abs 1) oder der Anhängigkeit des Feststellungsantrags (§ 1600 n Abs 2) nicht an (vgl aber § 1934 c). Es kann auch nicht argumentiert werden (so aber DIECKMANN StAZ 1983 aaO m Fn 77), wären die Voraussetzungen des § 1934 c nicht gegeben und habe hiernach das Kind keine erbrechtlichen Ansprüche, so könne sich durch die Heirat der Eltern daran nichts ändern; die Heirat könne nicht zur Folge haben, daß ein nach § 1934 c erloschenes Erbrecht wieder entstehe bzw wiederauflebe. Die abweichende Auffassung wäre mit **Art 6 Abs 5 GG** unvereinbar; das eheliche bzw ehelich gewordene Kind darf nicht dadurch benachteiligt werden, daß es zunächst nichtehelich geboren war. Zur Anwendung des § 1934 c und der Problematik dieser Vorschrift sowie zu den gegen sie bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken s § 1706 Rz 16 ff, insbes Rz 32.
- 34 Das Kind ist zB auch nach dem Tode des (begüterten) Großvaters väterlicherseits erbberechtigt, wenn dieser nach der Eheschließung der Eltern und nach dem Tode des (mittellosen) Vaters gestorben ist und die Vaterschaft erst nach dem Tode des Vaters festgestellt wird, auch wenn der Feststellungsantrag (§ 1600 n Abs 2) erst nach dem Tode des Vaters gestellt wird (das Alter des Kindes ist hierbei unerheblich) – vgl zu Fällen dieser Art aber auch DIECKMANN aaO 304 f –.

35 4. Das Verhältnis des § 1719 zu § 1593

Nicht unzweifelhaft dürfte die Beantwortung der Frage sein (die in der Lit, soweit ersichtlich, bisher nicht behandelt ist), ob die Legitimation, wie die eheliche Geburt (s § 1593), zur Folge hat, daß niemand die Nichtehelichkeit des Kindes geltend machen kann (es sei denn ein Anfechtungsberechtigter im Anfechtungsverfahren, s dazu bezüglich des ehelichen Kindes § 1593 Rz 9, 12 f, sowie zur Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung § 1600 f Rz 27, § 1600 h Rz 2).

- 36 Nach *früherem Recht* ergab sich die Anwendung des § 1593 aus § 1721 iVm § 31 PStG (s auch Rz 6 f) mit der Folge, daß nach der rechtskräftigen Feststellung der Legitimation niemand (in irgendeinem Verfahren, außer dem Anfechtungsberechtigten in dem Anfechtungsverfahren) die Unehelichkeit des Kindes geltend machen konnte (s Vorauf § 1721 aF Rz 4 f, 7).
- 37 Nach *neuem Recht* wird man indes ebenso annehmen müssen, daß nach der Eintragung der Legitimation im Geburtenbuch (§ 31 PStG nF, s Rz 47) analog § 1593 niemand die Nichtehelichkeit des legitimierten Kindes geltend machen kann (außer den Personen, die berechtigt sind, die Unwirksamkeit der der Legitimation zugrundeliegenden Vaterschaftsanerkennung geltend zu machen – s Rz 26 –, und den Personen, die berechtigt sind, die Anerkennung anzufechten, in dem betreffenden Verfahren, s noch unten Rz 50 zur Beseitigung der Legitimation, vgl aber auch zur Ehelicherklärung nach dem Wirksamwerden der diesbezüglichen Entscheidung, §§ 56 a, 56 b FGG, § 1723 Rz 50, § 1740 a Rz 13).

Auch im Hinblick auf diese Regelungen zur Ehelicherklärung und vor allem angesichts des Verfassungsgebots des **Art 6 Abs 5 GG** hätte eine andere Auffassung im Falle der Legitimation unannehmbare Konsequenzen.

5. Die Rechtsstellung des Kindes, Einzelheiten**38**

a) Das Kind erlangt die *volle Rechtsstellung eines ehelichen Kindes*; die Wirkung erstreckt sich nicht nur auf die Abkömmlinge des Kindes (s auch § 1722), sondern ebenso auf die Verwandten des Vaters. Die spätere Ehefrau des Vaters wird mit dem Kind und dessen Abkömmlingen, der Ehegatte des Kindes mit dem Vater verschwägert.

Auf das durch nachfolgende Ehe legitimierte Kind finden die Vorschriften der §§ 1618 a, 1619, 1626–1698 b Anwendung; zum *Wohnsitz* s § 11, zum *Namensrecht* § 1720 Rz 1, 6 ff.

Soweit zunächst noch bis zu ihrer Aufhebung *Vormundschaft* – bei Minderjährigkeit der Mutter – oder *Pflegschaft* besteht, gelten Besonderheiten (s hierzu unten Rz 42–44).

Die **Unterhaltungspflicht** des Vaters ergibt sich nun aus §§ 1601 ff, das Kind nimmt am Familienunterhalt (§§ 1360, 1360 a Abs 1, 2) teil.

Es ist **erbberechtigt** (§ 1924), die Vorschriften der §§ 1934 a ff sind nicht mehr anwendbar (s schon Rz 33 zu dem Fall, daß der Vater vor der Feststellung der Vaterschaft gestorben ist).

b) Gemäß § 3 Nr 2, § 5 RuStAG begründet, wenn das Kind staatenlos war oder eine ausländische **Staatsangehörigkeit** besaß, die nach deutschem Recht wirksame Legitimation durch einen Deutschen (vgl Art 22 Abs 1 EGBGB, s Vorbem 21 zu § 1719) die deutsche Staatsangehörigkeit.

c) Aufhebung der Pflegschaft bzw Vormundschaft**42**

Aus Gründen der Rechtssicherheit, da der Zeitpunkt, in dem die Legitimation eintritt (s Rz 24), dem Pfleger oder Vormund und dem VormG nicht stets sofort bekannt und eindeutig nachgewiesen ist, zB wenn die Vaterschaftsfeststellung durch Anerkennung oder gerichtliche Entscheidung nach der Eheschließung erfolgt, ist hier – anders als bei der Ehelicherklärung, die auf einer gerichtlichen Entscheidung beruht (s § 1723 Rz 4, § 1736 Rz 7, § 1740 Rz 9) – vorgeschrieben, daß die Pflegschaft, dh also auch und gerade die Amtspflegschaft (§§ 1709, 1706), bzw die Vormundschaft ausdrücklich, dh **formell, aufzuheben** ist (§§ 1919, 1883), s dazu auch BEITZKE § 32 I 3 a; MünchKomm-GOERKE § 1919 Rz 7, jeweils für die Anwendung des § 1919, GERNHUBER § 61 I 5 anscheinend für die Anwendung des § 1915 iVm § 1883.

Soweit der **Pfleger** noch für die Wahrnehmung von Angelegenheiten des Kindes zuständig ist (§ 1706 – nur die hier aufgeführten Aufgaben kommen in Betracht –), sind insoweit die Eltern von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen (§ 1630 Abs 1).

Soweit das Kind unter **Vormundschaft** steht, hat das Gesetz die doppelte Vertretungsmacht in Kauf genommen (Mot IV 925). Das Gesetz will vermeiden, daß das Kind schutzlos sein könnte. Bei einem Widerstreit zwischen den beiden Teilen (Eltern und Vormund) hat die frühere Verfügung den Vorrang vor der späteren (allgM, s zB GERNHUBER § 61 I 5 aE; MünchKomm-HINZ § 1719 Rz 8).

Sache des Vormunds bzw Pflegers (wenn dem letzteren die Wahrnehmung der Aufgaben des § 1706 Nr 1 zusteht) ist es noch, für die Beischreibung im Geburtenbuch (s Rz 47) und die Aufhebung der Vormundschaft bzw Pflegschaft zu sorgen. Zur Pflicht, Rechenschaft abzulegen, s § 1709 Rz 21.

Zur Aufhebung der Pflegschaft bzw Vormundschaft **funktionell zuständig** ist der Rechtspfleger (§ 3 Nr 2 a RPflG), im württ Rechtsgebiet des Landes Baden-Württ der Notar (§ 36 LF GG).

Die Aufhebung wird wirksam mit der Bekanntmachung an den Pfleger bzw. Vormund (§ 16 Abs 1 FGG).

IV. Eintragungen im Geburtenbuch und Familienbuch

- 47 1.** Die Feststellung der Vaterschaft (im Wege der wirksamen Anerkennung oder der rechtskräftigen gerichtlichen Feststellung, s § 1600 a) ist gemäß § 29 Abs 1 PStG mit einem Randvermerk im Geburtenbuch einzutragen (s auch § 1600 a Rz 26). Schließen die Eltern des Kindes die Ehe, so hat der Standesbeamte die Eheschließung im Heiratsbuch zu beurkunden (§ 9 PStG); danach wird ein Familienbuch angelegt (§ 12 PStG). Gemäß § 202 DA ist dem Standesbeamten, der das Geburtenbuch führt, die Eheschließung mitzuteilen. Dieser trägt sodann, wenn bzw. sobald die Vaterschaft festgestellt ist, die Legitimation im Geburtenbuch als Randvermerk ein (§ 31 Abs 1 S 1 PStG, Näheres hierzu s in § 291 Abs 1, 3 DA und bei MASSFELLER-HOFFMANN § 31 Rz 67 ff). Dieser Standesbeamte teilt dann dem Standesbeamten, der das Familienbuch führt, die Legitimation mit (§ 35 AVPStG; s auch MASSFELLER-HOFFMANN § 31 Rz 78); hierauf wird das Kind wie ein eheliches im Familienbuch eingetragen (§ **15 Abs 1 S 1 Nr 2 HS 1 PStG**); ist die Geburt des Kindes nicht im Geltungsbereich dieses Gesetzes beurkundet, so wird das Kind eingetragen, wenn die Voraussetzungen für die Eintragung der Legitimation in das Geburtenbuch vorliegen (aaO **HS 2**).
- 48** Abstammungs- und Geburtsurkunde enthalten nur die Tatsachen, die aus den Randvermerken hervorgehen (§ 65 Abs 1 S 2, Abs 2 PStG); diese Urkunden sind so auszustellen, wie wenn das Kind von Geburt an ehelich gewesen wäre (vgl. MASSFELLER-HOFFMANN § 65 Rz 8).
- 49 2.** Die Eintragung im Geburtenbuch ist ohne die Voraussetzung, daß die Vaterschaft festgestellt ist (s Rz 47), zulässig, wenn sich die Legitimation nach ausländischem Recht (hierzu LUTHER StAZ 1981, 265) bestimmt und nach diesem Recht die Rechtswirkungen der Legitimation ohne vorherige Anerkennung oder rechtskräftige Feststellung der Vaterschaft geltend gemacht werden können (§ **31 Abs 1 S 2 PStG**). Hängt die Legitimation von der Anwendung ausländischen Rechts ab, dh davon, ob nach diesem die Voraussetzungen für eine Legitimation vorliegen (s dazu MASSFELLER-HOFFMANN § 31 Rz 32, als Beispiel LG Bonn IPRax 1981, 27, JAYME das 17), so hat der Standesbeamte gemäß § **31 Abs 2 PStG** vor einer Beischreibung die Entscheidung des *AmtsG* (also *nicht* des *VormG*) einzuholen (s hierzu MASSFELLER-HOFFMANN § 31 Rz 52 ff und § 291 Abs 3 S 1, 2 DA). Zur Zuständigkeit des *AmtsG* s § 50 PStG.

V. Wegfall der Legitimationswirkungen

- 50 1.** Entgegen dem früheren Recht (s Rz 6) ist nun nicht mehr § 1593 anzuwenden, dh es kann nicht mehr die Ehelichkeit angefochten werden. Die Änderung der Rechtslage beruht auf der grundlegenden, mit der Schaffung des § 1600 a zusammenhängenden Neuerung, daß die Legitimation die Feststellung der Vaterschaft mit Wirkung für und gegen alle voraussetzt (s Rz 7, 24). Daher kann nur die Anerkennung der Vaterschaft angefochten werden (s § 1600 h Rz 2; BGHZ 81, 353 = NJW 1982, 96 = FamRZ 1982, 48 = LM Nr 1 LS zu § 1600 h m Anm LANG). Die Anfechtungsfrist beträgt für den Mann nur ein Jahr (§ 1600 h Abs 1), also nicht zwei Jahre, wie für die Anfechtung der Ehelichkeit (§ 1594 Abs 1). Die unterschiedliche Regelung beruht auf der verschiedenen Interessenlage (s dazu BGH aaO). Übrigens ist hier, im Gegensatz zur Ehelichkeitsanfechtung (§§ 1594, 1595 a, 1596), auch die Mutter des Kindes anfechtungsberechtigt (§ 1600 g Abs 1).

Beruhete die Feststellung der Vaterschaft (§ 1600 a) auf einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung (§ 1600 a; §§ 640 h, 641 k ZPO; § 55 b Abs 2 FGG), so können die Legitimationswirkungen nur wegfallen, wenn die Entscheidung im Wiederaufnahmeverfahren (§§ 578 ff, 641 i ZPO) aufgehoben wird (s dazu § 1600 n Rz 46, 61).

Die Legitimation ist ferner unwirksam, wenn festgestellt wird, daß die Anerkennung der Vaterschaft wegen Formmängel unwirksam ist (s dazu oben Rz 26, sowie auch 37).

Dagegen läßt die Nichtigerklärung der Ehe die Legitimation unberührt (s schon Rz 4, sowie 20).

2. Entfallen die Wirkungen der Legitimation, so ist das Kind rückwirkend wieder als nichteheliches Kind zu behandeln. Doch ist anzunehmen, daß die Rechtsgeschäfte, welche die Mutter und ihr Ehemann als damalige gesetzliche Vertreter des Kindes (§§ 1626, 1629 Abs 1 S 1, 2) vorgenommen haben, gültig bleiben (vgl auch § 1593 Rz 36, sowie oben Rz 30, 31). Das Kind verliert mit der Rechtskraft der Entscheidung rückwirkend die Rechtsstellung als Verwandter (§ 1589) und damit insbesondere Unterhaltsansprüche und erbrechtliche Ansprüche gegen den Ehemann der Mutter – dieser ist (wenn die Ehe noch besteht) Stiefvater. Ihm stehen gemäß § 1615 b Abs 2 Ersatzansprüche gegen den wirklichen Vater bezüglich der Unterhaltsleistungen in der Vergangenheit zu.

Die aufgehobene **Pflegschaft** bzw **Vormundschaft** (s Rz 42) lebt nicht wieder auf. Doch wird das (jetzt zuständige) Jugendamt (§ 11 JWG), wenn die Mutter voll geschäftsfähig ist, Amtspfleger (§ 1709 S 3 iVm § 1791 c Abs 1 S 2) mit den Befugnissen des § 1706. Bedarf das Kind eines Vormunds, so wird dieses Jugendamt Amtsvormund (§ 1791 c Abs 1 S 2). Die (voll geschäftsfähige) Mutter erlangt wieder die alleinige **elterliche Sorge** (§ 1705) mit den sich aus § 1706 ergebenden Einschränkungen.

§ 1720

Der nach § 1355 von den Eltern zu führende Ehenamen erstreckt sich auf den Geburtsnamen eines Abkömmlings, welcher das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat, nur dann, wenn er sich der Namensänderung durch Erklärung anschließt. Ist der frühere Geburtsname zum Ehenamen eines Abkömmlings geworden, so erstreckt sich die Namensänderung auf den Ehenamen nur dann, wenn die Ehegatten die Erklärung nach Satz 1 gemeinsam abgeben. § 1617 Abs 2 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.

1. EheRG Art 1 Nr 35

Schrifttum

DIECKMANN, Zur Namensführung des Kindes, StAZ 1982, 266; ders, Probleme der Legitimationsrechts, StAZ 1983, 297; DIEDERICHSEN, Der Ehe- und Familienname nach dem 1. EheRG, NJW 1976, 1169; RUTHE, Die Neuordnung des Namensrechts, FamRZ 1976, 409.

Systematische Übersicht

I. Entstehungsgeschichte, Allgemeines

1. Entstehungsgeschichte 1
2. Allgemeines

a) Inhalt der Regelung, Überblick 2

b) Zum Begriff „Abkömmling“ 3

II. Ehenamen, Namens- änderung

1. Ehenamen 4

2. Namensänderung

a) Grundsätzliches 6

b) Einzelfragen 9

c) Die Erklärung des Namenswechsels

11

d) Verheiratetes Kind 16

e) Änderung des vorangestellten
Namens 183. Zur Abstammungs- und Geburtsur-
kunde 19

I. Entstehungsgeschichte, Allgemeines

- 1 1. Zur früheren Fassung des § 1720 s § 1719 Rz 5 und Vorbem 2 zu § 1719. Das NEheLG enthielt zum Namensrecht des legitimierten Kindes keine Vorschrift. Vielmehr galt automatisch die Regelung des § 1616, wonach das Kind den Familiennamen des Vaters erhielt. *Durch das 1. EheRG wurde § 1616 neugefaßt, wonach das Kind den Familiennamen der Eltern erhält.* Der RegE zum späteren 1. EheRG (BT-Drucks 7/650) hatte noch keine Neufassung des § 1720 vorgesehen; der Rechtsausschuß des Bundestags (BT-Drucks 7/3119) schlug folgende Fassung vor: „Ein nach § 1355 bestimmter Ehe name der Eltern erstreckt sich nicht auf das Kind, wenn es eine Ehe eingegangen ist“ (s hierzu Begründung 6). Die später Gesetz gewordene Fassung ging dann auf den Vorschlag des Bundesrats (BT-Drucks 7/3268) zurück, dem der Vermittlungsausschuß (BT-Drucks 7/3358) und der Bundestag (am 20. 3. 1975, Prot 11147 A) zustimmten und den auch der später (erneut) angerufene Vermittlungsausschuß (BT-Drucks 7/4992) übernahm. Sie wurde vom BT (am 8. 4. 1976) und Bundesrat (am 9. 4. 1976) verabschiedet.
- 2 2. a) § 1720 regelt den Familiennamen des Kindes, welches *das 14. Lebensjahr* im Zeitpunkt der Eheschließung seiner Eltern *vollendet* hat (S 1), und weiterhin den Fall (S 2), daß das Kind bereits verheiratet ist. Das frühere Recht enthielt hierzu keine besonderen Vorschriften; auf das Alter des Kindes im Zeitpunkt der Eheschließung seiner Eltern kam es nicht an. S 3 betrifft die Abgabe der Erklärung der Namensänderung und deren Form.
- 3 b) Das Gesetz verwendet in S 1 und 2 den Begriff „Abkömmling“, was als unglücklich zu bezeichnen ist (s DIECKMANN StAZ 1982, 266, 274 f, 277); denn gemeint ist das Kind, nicht auch ein Kindeskind. Die Wirkungen der Legitimation auf Enkel ist in § 1722 geregelt.

II. Ehe name, Namensänderung

- 4 1. Ehe name ist der Familienname, den die Ehegatten anläßlich der Eheschließung bestimmt hatten (§ 1355 Abs 1, 2), nämlich den Geburtsnamen eines Ehegatten, nicht auch ein vorangestellter Namenszusatz (§ 1355 Abs 3). Den letzteren Namen kann das Kind nicht erlangen. Hatten die Eltern den Namen der Frau als Ehenamen bestimmt, der also mit dem Familiennamen des Kindes identisch ist, so ist § 1720 S 1 in diesem Falle gegenstandslos, ebenso wenn das Kind den Namen des Vaters führt (§ 1618 Abs 1 S 1) und dieser Name Ehe name wird.
- 5 Ehe name ist auch nicht der Familienname der Mutter, den diese nach der Auflösung der Ehe, wenn die Legitimation infolge der Feststellung der Vaterschaft erst dann erfolgte, gemäß § 1355 Abs 4 S 2 angenommen hat; an dem Namenswechsel nimmt also das Kind nicht teil, wie ein während der Ehe geborenes Kind zB nach der Scheidung der Ehe seiner Eltern an einem Namenswechsel des Elternteils, der die elterliche Sorge für das Kind innehat (§ 1671), nicht teilnimmt.
- 6 2. a) Gemäß § 1616 erhält das eheliche Kind den Ehenamen seiner Eltern (§ 1355). Das nichteheliche Kind führt gemäß § 1617 Abs 1 den Familiennamen, den die Mutter zZt der Geburt des Kindes besitzt bzw besaß. Durch die Legitimation erlangt das

Kind die volle Rechtsstellung eines ehelichen Kindes; dies muß konsequenterweise bedeuten, daß das Kind automatisch kraft Gesetzes den Ehenamen seiner Eltern erhält (vgl DIEDERICHSEN NJW 1976, 1169, 1175; RUTHE FamRZ 1976, 409, 414). Indes ist in den Fällen der Legitimation eines Kindes durch nachfolgende Eheschließung seiner Eltern zu berücksichtigen, daß das Kind zuweilen kein Kleinkind mehr ist, ja daß es schon erwachsen oder gar schon volljährig sein kann. Hier ging der Gesetzgeber davon aus, dem Kinde könne nicht ohne oder gegen seinen Willen ein Name aufgezwungen werden; das Persönlichkeitsrecht des Kindes gebiete es, daß das Kind von einem bestimmten Alter an ein Mitspracherecht haben müsse (s DIEDERICHSEN aaO 1173). Der Gesetzgeber hat sich hier für die Vollendung des **14. Lebensjahres** entschieden (vgl auch §§ 1617 Abs 2 S 2, 1618 Abs 2 S 1, sowie zB auch §§ 1600 d Abs 2 S 1, 1729 S 1, 1740 c S 1, 1746 Abs 1 S 2, Abs 2 S 1; ferner §§ 50 b Abs 2 S 1, 55 c, 59 Abs 3 FGG).

Hiermit ist also der Gedanke der Familieneinheit zugunsten des Bestimmungsrechts des Kindes und der Namenskontinuität preisgegeben (vgl GERNHUBER § 61 I 6), wobei freilich zu beachten ist, daß der Gedanke der Familieneinheit durch die Möglichkeit der *Voranstellung* des Geburtsnamens oder eines anderen zZt der Eheschließung geführten Namens (§ 1355 Abs 3) ohnehin eine gewichtige Einbuße erlitten hat (s hierzu auch NEUHAUS ZblJugR 1981, 37, 42; FamRZ 1982, 1, 5; BREIDENBACH StAZ 1979, 330).

Zu beachten ist weiterhin, daß das Kind, welches das 14. Lebensjahr im Zeitpunkt der Eheschließung seiner Eltern vollendet hat, den Ehenamen seiner Eltern nur erlangt, wenn es hierfür optiert, nicht aber, daß das Kind, wenn es seinen seitherigen Familiennamen beizubehalten wünscht, hierfür optieren müßte! Einen aus dem bisherigen Namen und dem Ehenamen seiner Eltern zusammengesetzten Doppelnamen kann das Kind nicht erlangen.

b) Bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres des Kindes (vgl § 187 Abs 2 S 2) erstreckt sich die Änderung des Familiennamens der Mutter (vgl § 1617 Abs 1 S 1) automatisch kraft Gesetzes auf das Kind, ohne daß es irgendeiner Erklärung bedarf. (Die Altersgrenze von fünf Jahren – § 1617 Abs 2 S 1 – hat hier keine Bedeutung; hatte sich aber nach dieser Vorschrift der Familienname des Kindes geändert, so geht es nun bei der Eheschließung der Mutter um die Änderung in den Ehenamen.)

Erfolgt die Feststellung der Vaterschaft nach der Eheschließung, und vollendet das Kind das 14. Lebensjahr nach der Eheschließung, aber vor der Feststellung der Vaterschaft, so fragt es sich, welcher Zeitpunkt maßgebend ist: der der Eheschließung oder der der Feststellung der Vaterschaft, mit welcher der Tatbestand der Legitimation erst vollendet wird (§§ 1600 a, 1719). Richtigerweise muß angenommen werden, daß es auch hier auf den Zeitpunkt der Eheschließung ankommen muß (anders DIECKMANN StAZ 1982, 266, 270 f; StAZ 1983, 297, 304). Denn die *Feststellung der Vaterschaft wirkt* auf den Zeitpunkt der Eheschließung der Eltern des Kindes; das Kind wird rückwirkend legitimiert (s § 1719 Rz 28 f). Daher ist für eine spätere Erklärung eines Namenswechsels kein Raum mehr; aus § 1600 a S 2 kann hier nichts anderes hergeleitet werden. Das Kind hat rückwirkend mit der Eheschließung den Ehenamen seiner Eltern erhalten.

c) Hat das Kind das **14. Lebensjahr** im Zeitpunkt der Eheschließung seiner Eltern **vollendet**, so *kann* es sich der Namensänderung anschließen (Beispiel: OLG Celle StAZ 1980, 46); es muß aber nicht. Gibt es keine Erklärung ab, so verbleibt ihm der seitherige Name.

Die **Erklärung des Namenswechsels** muß das Kind **persönlich** abgeben, auch wenn es noch nicht volljährig ist (s § 1720 S 3 iVm § 1617 Abs 2 S 2 HS 1), und zwar gegen-

über dem Standesbeamten (§ 1617 Abs 2 S 3 HS 1), dh gegenüber dem, der das Geburtenbuch führt. Die Erklärung muß öffentlich beglaubigt werden (§ 1617 Abs 2 S 3 HS 2), was bedeutet, daß die Unterschrift beglaubigt werden muß (§ 129, s dazu §§ 39, 40 BeurkG). Die Erklärung des minderjährigen Kindes bedarf der *Zustimmung des gesetzlichen Vertreters* (§ 1617 Abs 2 S 2 HS 2); diese ist ebenfalls gegenüber dem Standesbeamten, der das Geburtenbuch führt, abzugeben und bedarf ebenso der öffentlichen Beglaubigung.

Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters kann vor oder nach der Erklärung des Kindes erteilt werden.

Eine Befristung, innerhalb welchen Zeitraumes die Erklärung des Namenswechsels abzugeben ist, ist nicht vorgeschrieben (s dazu DIECKMANN StAZ 1982, 266, 272; StAZ 1983, 276, 277).

- 13 Gesetzlicher Vertreter des minderjährigen Kindes ist, sofern die Pflegschaft (§ 1706 Nr 1, s auch dort Rz 42) noch nicht aufgehoben ist (s hierzu § 1719 Rz 42 f), der Pfleger; dessen Befugnis geht dem Vertretungsrecht der Eltern (§ 1629 Abs 1) vor (§ 1630 Abs 1), ebenso DIECKMANN StAZ 1982, 266, 270 m Fn 25; SOERGEL-LIERMANN (Erg 1983) § 1720 Rz 4.
- 14 Ist die Pflegschaft aufgehoben, so sind die *Eltern* des minderjährigen Kindes gesetzliche Vertreter (§ 1629 Abs 1). Die Mutter des Kindes ist hier nicht kraft Gesetzes von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen, sie nimmt nicht namens des Kindes mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft vor; § 181 ist daher nicht anzuwenden. Die Erklärung des Kindes, den Namen wechseln zu wollen, ist kein Rechtsgeschäft. Ferner ist auch § 1795 Abs 1 Nr 1 nicht anzuwenden, da hier nicht die Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen dem Kinde und dem Ehemanne der Mutter, also keine Erklärung gegenüber dem Ehemanne, in Frage steht, vielmehr, wie erwähnt, Erklärungen gegenüber dem *Standesbeamten* abzugeben sind (vgl auch zur Einbenennung BayObLGZ 1977, 54 = FamRZ 1977, 409; hierzu BRÜGGEMANN FamRZ 1977, 656, 659 f; SOERGEL-LANGE § 1618 Rz 5; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2 d; DIECKMANN aaO Fn 25; sowie zur Einwilligung des von der Mutter vertretenen Kindes in die Adoption des Kindes durch den Ehemann, § 1746 Abs 1 S 1, BGH LM Nr 1 zu § 1746 = NJW 1980, 1746 = FamRZ 1980, 675; BayObLG FamRZ 1981, 93; anders ROTH-STIELOW NJW 1978, 203; SOERGEL-ROTH-STIELOW § 1720 Rz 4; hierzu SOERGEL-LIERMANN [Erg 1983] zu § 1720 Rz 4).
- 15 Nur bei *Interessenkollision* im konkreten Einzelfalle wäre die Mutter als gesetzliche Vertreterin des Kindes ausgeschlossen (§ 1629 Abs 2 S 3 iVm § 1796), womit wohl regelmäßig auch der Vater als ausgeschlossen zu behandeln wäre; hierauf müßte ein Ergänzungspfleger (§ 1909) bestellt werden.
- 16 d) Ist das legitimierte Kind bereits **verheiratet** und ist der Geburtsname des Kindes Ehe-name (§ 1355) geworden, so bedarf es zur Änderung des Familiennamens (Ehe-namens) der entsprechenden Erklärung des Ehepartners (§ 1720 S 2); dh *beider Ehegatten gemeinsam* (s hierzu DIECKMANN aaO, s Rz 12; MASSFELLER-HOFFMANN, PStG § 31 Rz 23 a); die Erklärungen sind öffentlich zu beglaubigen (s Rz 12) und gegenüber dem Standesbeamten abzugeben, der das Familienbuch führt (s § 14 Abs 1 Nr 7 PStG) – vgl auch zur Ehehelerklärung § 1737 Rz 13 ff –. Sind sich die Ehegatten über die Namensänderung nicht einig, so muß sie unterbleiben. Ist einer der Ehegatten noch minderjährig (vgl § 1633, sowie § 3 EheG), so bedarf er der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (§ 1633; ebenso SOERGEL-LIERMANN [Erg 1983] zu § 1720 Rz 3).
- 17 Nicht geregelt ist der Fall, daß aus der Ehe des legitimierten Kindes Kinder hervorgegangen sind. Doch ist hier anzunehmen, daß sich auf diese die Namensänderung dann ohne weiteres erstreckt, wenn sie das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet

haben; haben sie das 14. Lebensjahr vollendet, so bedarf die Namensänderung ihrer Zustimmung (ebenso RUTHE FamRZ 1976, 409, 415; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1; SOERGEL-LIERMANN [Erg 1983] Rz 4; MünchKomm-HINZ Rz 4). § 1720 S 1 gilt hier also entsprechend (s auch § 1722 Rz 7 ff).

e) Hatte ein Ehegatte die Erklärung abgegeben, dem Ehenamen den Geburtsnamen voranzustellen (§ 1355 Abs 3), und wird er legitimiert, so kann er nun gemäß § 1720 S 1 erklären, der Geburtsname, also der vorangestellte Namenszusatz, solle entsprechend geändert werden. Diese Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Standesbeamten abzugeben, der das Familienbuch führt (s oben Rz 16).

3. Zur Abstammungs- und Geburtsurkunde s § 1719 Rz 48. Hat sich das Kind der Namensänderung angeschlossen (§ 1720 S 1), so ist die diesbezügliche Erklärung des Kindes nicht in die Abstammungsurkunde aufzunehmen (OLG Celle StAZ 1980, 46).

§ 1721

Aufgehoben durch NEhelG Art 1 Nr 26

§ 1722

Die Eheschließung zwischen den Eltern hat für die Abkömmlinge des nichtehelichen Kindes die Wirkungen der Legitimation auch dann, wenn das Kind vor der Eheschließung gestorben ist.

E I § 1582; II § 1609; III § 1698; Mot IV 929; Prot IV 704; VI 315; SorgeRG Art 9 § 2.

I. Textgestaltung

1

Die Vorschrift blieb vom NEhelG unberührt; da aber übersehen wurde, den Begriff „unehelich“ in „nichtehelich“ zu ändern, wurde dies durch Art 9 § 2 SorgeRG nachgeholt (s auch Vorbem 8 zu § 1591 und Vorbem 3 zu § 1719).

II. Allgemeines

2

Die Legitimation durch nachfolgende Ehe wirkt nicht auf die Geburt des Kindes zurück; das Kind erhält die Stellung eines ehelichen Kindes nur ex nunc (s § 1719 Rz 27). Ein bereits gestorbenes Kind kann deshalb nicht mehr legitimiert werden. § 1722 läßt aber die Legitimationswirkungen für die Abkömmlinge des vor der Eheschließung der Eltern verstorbenen nichtehelichen Kindes eintreten (vgl aber zur Ehelicherklärung § 1733 Rz 5).

Daß sich im Regelfall, wenn das Kind die Eheschließung seiner Eltern erlebt, die Wirkungen der Legitimation auf die Abkömmlinge erstrecken, ergibt sich schon aus § 1719 (s dort Rz 38).

Die aus § 1722 folgenden Wirkungen treten ebenso wie die gemäß § 1719 (s dort Rz 24) kraft Gesetzes ein, gegenteilige Vereinbarungen der Beteiligten vermöchten daran nichts zu ändern.

Hervorzuheben ist aber, daß *Voraussetzung dieser Wirkungen die Feststellung der Vaterschaft des Ehemannes der Mutter zu dem verstorbenen Kinde ist* (§ 1600 a), dh durch Anerkennung oder gerichtliche Feststellung. Eine Anerkennung der Vaterschaft ist nach dem Tode des Kindes nicht mehr möglich (s § 1600 c Rz 12). War die

Vaterschaft vor dem Tode des Kindes noch nicht festgestellt, so ist lediglich die Mutter berechtigt, die Feststellung der Vaterschaft zu beantragen (§ 1600 n Abs 2), nicht der Vater (s § 1600 n Rz 47) und nicht ein Kind des verstorbenen Kindes (s dazu DIECKMANN StAZ 1983, 297, 299 f). Freilich dürfte dieses Problem, daß ein Kind des verstorbenen nichtehelichen Kindes die Feststellung der Vaterschaft seines (angeblichen) Großvaters zu seinem Vater nicht mehr beantragen kann, kaum praktische Bedeutung haben, abgesehen von der Frage, ob eine solche Feststellung nun wegen der bestehenden Schwierigkeiten der diesbezüglichen Ermittlungen überhaupt noch getroffen werden könnte. Indes liegt hier freilich im Hinblick gerade auf die Regelung des § 1722 eine Gesetzeslücke vor, die bei der Schaffung des § 1600 n Abs 2 nicht erkannt wurde; so sollte man in Fortbildung der mangelhaften Regelung des § 1600 n Abs 2 (und auch des Abs 1, s § 1600 n Rz 10) im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht auf Kenntnis der Abstammung (s auch schon BVerfGE 8, 210 = FamRZ 1958, 451 m Anm BOSCH, s Voraufsl Vorbem 38 zu § 1705) ein Antragsrecht des Enkels bejahen.

III. Einzelheiten

- 5 1. Unter „**Abkömmlingen**“ sind die ehelichen und die durch nachfolgende Eheschließung legitimierten oder die für ehelich erklärten Kinder des nichtehelichen Kindes sowie dessen nichteheliche Kinder und ggf auch, zB wenn die nichtehelichen Eltern erst in höherem Alter, im Rentenalter oder Greisenalter, einander heiraten, die nächste Generation zu verstehen; soweit sich in der Generationenkette ein nicht-ehelicher Vater befindet, muß freilich dessen Vaterschaft festgestellt sein (§ 1600 a) – nach früherem Recht galt das nichteheliche Kind eines Mannes als mit diesem nicht verwandt (§ 1589 Abs 2 aF) –.
- 6 2. Die **Wirkungen der Legitimation** bestehen ua darin, daß die Eltern und die Abkömmlinge des nichtehelich geborenen Kindes, wie wenn dieses verstorbene Kind ehelich gewesen wäre, gegenseitig unterhaltspflichtig (§§ 1601 ff) und erb- und pflichtteilsberechtigt sind (§§ 1924 ff, 2303 ff) – soweit nicht bezüglich der Unterhaltspflicht die Sonderregelungen der §§ 1615 a ff und hinsichtlich der Erbberechtigung die besonderen Vorschriften der §§ 1934 a ff Platz greifen – (s zu erbrechtlichen Fragen noch § 1719 Rz 33 f).
- 7 3. Haben die Eltern des nichtehelich geborenen Kindes nach dessen Tod die Ehe geschlossen, so ergeben sich jedoch in **namensrechtlicher Hinsicht** Probleme. Denn Voraussetzung der Namensänderung ist, wenn das Kind das 14. Lebensjahr vollendet hatte – vor Vollendung dieser Altersstufe wird es schwerlich schon selbst ein Kind haben –, daß das nichtehelich geborene Kind der Namensänderung zustimmt (§ 1720 S 1, s dazu dort Rz 6, 8, 11). Diese Möglichkeit des Anschlusses an die Namensänderung entfällt mit dem Tode des nichtehelich geborenen Kindes.
- 8 War das nichtehelich geborene Kind bereits verheiratet und war dessen Familienname der Ehefrau, so erstrecken sich die Wirkungen der Legitimation nicht auf den Namen der Ehefrau des nichtehelichen Sohnes, wenn dieser vor der Eheschließung seiner Eltern gestorben ist (ebenso MASSFELLER-HOFFMANN, PStG § 31 Rz 25); die Ehefrau kann also nicht mehr allein die Erklärung zu einem Namensanschluß gemäß § 1720 S 2 abgeben (s dazu aber auch DIECKMANN StAZ 1982, 266, 276 f; StAZ 1983, 297, 298 f). So kann auch der Enkel der nichtehelichen Eltern, die einander geheiratet haben, nicht mehr deren Ehenamen erhalten.
- 9 War das nichtehelich geborene (inzwischen verstorbene) Kind eine Tochter und hatte diese schon ein nichteheliches Kind, so kann das letztere wohl ebenfalls nicht mehr den Familiennamen seiner Großeltern erlangen.

Es geht eben wohl nicht an, zu unterstellen, das verstorbene Kind habe auf Grund einer Wahlentscheidung (§ 1720 S 1) seinen Namen gewechselt (anders offenbar DIECKMANN StAZ 1983, 297, 299).

Haben die nichtehelichen Eltern zB erst im Greisenalter einander geheiratet, lebt das legitimierte Kind noch und hat dieses bereits wieder Kinder und Enkel, so kommt es darauf an, ob sich das legitimierte Kind der Namensänderung anschließt (§ 1720 S 1). Danach erlangen ggf die Enkel der früher nichtehelichen Eltern gemäß § 1616 oder § 1617 einen anderen Familiennamen (s dazu DIECKMANN aaO 299), also wenn sie sich ggf analog § 1720 S 1 dem Namenswechsel anschließen (s oben Rz 7, sowie § 1720 Rz 17; SOERGEL-LIERMANN [Erg 1983] zu § 1720 Rz 3 aE).

II. Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters

Vorbemerkungen zu §§ 1723 ff

Schrifttum

BEITZKE, Zur Ehelicherklärung von Konkubinatskindern, FamRZ 1974, 553; BÖKELMANN, Zur Reform des Legitimationsrechts, FamRZ 1966, 546; ders, Probleme des Legitimationsrechts, StAZ 1969, 169; DIECKMANN, Zur Namensführung des Kindes, StAZ 1982, 266; ders, Anm zu BayObLG StAZ 1983, 101 (= BayObLGZ 1983, 1), StAZ 1983, 276; ders, Probleme des Legitimationsrechts, StAZ 1983, 297; DIEDERICHSEN, Der Ehe- und Familienname nach dem 1. EheRG, NJW 1976, 1169; EVANS-VON KRBEK, Ehelicherklärung und Einbenennung aus personenstandsrechtlicher Sicht, FamRZ 1975, 322; FIRSCHING, Familienrecht (4. Aufl 1979) Rz 544 ff; GÖPPINGER, Irrungen und Wirrungen im Unehelichenrecht, FamRZ 1962, 449; ders, Besprechung „Palandt, BGB“, 21. Aufl 1962, FamRZ 1962, 542; ders, Die Voraussetzungen der Ehelichkeitserklärung gemäß § 1734 idF des FamRÄndG v 11. 8. 1961, FamRZ 1963, 272; KNÖPFEL, Der Referentenentwurf eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder, FamRZ 1966, 273 (281 ff); RUTHE, Die Neuordnung des Namensrechts, FamRZ 1976, 409; SCHOLZ, Benachteiligung des Mannes im Ehe- und Familienrecht? ZRP 1984, 201; SCHUMACHER, Zur Ehelichkeitserklärung von Kindern aus Rentenkonkubinen, FamRZ 1960, 13.

I. Zu den Änderungen, die das NEhelG, das 1. EheRG und das SorgeRG gebracht haben, s Vorbem 1–3 zu § 1719; zur grundsätzlichen Regelung nach dem BGB s Vorbem 15 f, zum FamRÄndG 1961 Vorbem 17, zum NEhelG Vorbem 18 ff je zu § 1719. Allgemeines, zur Bedeutung der Ehelicherklärung mit rechtspolitischen Betrachtungen s Vorbem 45 ff, 55 zu § 1705.

II. Die Vorschriften der §§ 1723–1740 g weisen nicht wenige Mängel und Ungereimtheiten auf und enthalten zahlreiche Probleme und Widersprüche, die zT darauf beruhen, daß die Ehelicherklärung auf die Grundanschauung zurückgeht, der nichtehelichen Geburt hafte ein Makel an, die nichteheliche Geburt solle daher unter bestimmten Voraussetzungen verdeckt werden können (s Vorbem 42, 45 f zu § 1705, § 1728 Rz 6, § 1733 Rz 6, 1740 a Rz 11), und daß neuere Vorschriften zT ihren Ursprung in früheren Regelungen haben (s Vorbem 3), manche Vorschriften in ihren Konsequenzen und Auswirkungen ungenügend durchdacht, zT zu kompliziert und zu perfektionistisch, zT andererseits lückenhaft sind.

Mängel und Probleme beruhen zunächst zT darauf, daß bei der Begründung der gerichtlichen Zuständigkeit der Ehelicherklärung, die ursprünglich Gnadensache war (s Vorbem 45 zu § 1705, Vorbem 17 zu § 1719), versäumt wurde, die Konsequenzen dieser Änderung zu berücksichtigen (s zu § 1726 – Einwilligungserklärung gegenüber dem Vater?, dazu dort Rz 11; da die Problematik nicht erkannt wurde,

wurde in § 1740 b eine Einwilligungserklärung gegenüber dem Kinde vorgesehen [s dort Rz 2]; sowie zu § 1733 – Fortsetzung des Verfahrens nach dem Tode des Vaters: Antragsverfahren dann ohne Antragsteller [!], s § 1723 Rz 45, sowie Rz 56).

- 4 Im Widerspruch zu dem Grundgedanken der Ehelicherklärung – Zuordnung des Kindes zum Vater, Begründung und Vertiefung enger persönlicher Beziehungen zwischen Kind und Vater (s Vorbem 23 ff, 45 zu § 1705, § 1723 Rz 2 ff, 25, sowie auch § 1733 Rz 2 f, 6, § 1739 Rz 2) – läßt § 1728 die Ehelicherklärung bei beschränkter Geschäftsfähigkeit des Vaters zu (s dazu dort Rz 6), sowie, wie schon erwähnt, nach dem Tode des Vaters (s § 1733 Rz 3, 6 ff, wobei die Bedeutung des § 1733 Abs 3 unklar ist, s § 1733 Rz 10 ff).

Zweifelhaft ist auch, ob für die Zulassung der Ehelicherklärung eines *volljährigen Kindes* ein Bedürfnis bestand (s § 1723 Rz 22).

- 5 Unglückliche Formulierungen enthält § 1727 (Abs 1: das VormG *hat* . . . , Abs 2: das VormG *kann* . . . – s dazu dort Rz 18; Abs 2: häusliche Gemeinschaft aufgehoben – s dazu Rz 12 –, berechnigte Interessen – dazu Rz 13 ff), ferner § 1738 (betr *Ausübung* der elterlichen Sorge, s dort Rz 3 ff). Schwierige Probleme sind in der neuen Vorschrift zum *Namensrecht* (§ 1737) entstanden (s dort Rz 4, 5 ff). Bedenkliche Konsequenzen ergeben sich aus der weiten Fassung des § 1739 in den Fällen, daß die elterliche Sorge für das Kind auf die Mutter zurückübertragen ist (§ 1739 Rz 10 f) und daß das Kind bereits volljährig ist (§ 1739 Rz 12).
- 6 Wenig sinnvoll ist die Abweichung der Voraussetzung des § 1740 a S 2 von den Voraussetzungen des § 1723 (s § 1740 a Rz 2); damit im Zusammenhang steht die mißglückte Vorschrift des § 1740 d mit § 56 b Abs 2 FGG mit den Problemen der Wahrnehmung der Interessen der Verwandten des verstorbenen Elternteils, der Verfahrensbeteiligung, des rechtlichen Gehörs und der Beschwerdeberechtigung (s § 1723 Rz 52, § 1740 a Rz 2, 42, 52 f, § 1740 d Rz 1 ff, 6); unklar ist in § 1740 a Abs 2 die Bedeutung der Bezugnahme auf § 1733 Abs 3 (s § 1740 a Rz 9 f). Zweifelhaft ist auch hier (s oben Vorbem 4 aE), ob ein Bedürfnis für die Zulassung der Ehelicherklärung eines volljährigen Brautkindes bestand (s § 1740 a Rz 26, 38). Zur *Einwilligung des Ehegatten des überlebenden Elternteils* fehlt eine Vorschrift (s dazu § 1740 a Rz 29 f). Überflüssig, weil selbstverständlich, ist die Vorschrift in § 1740 e Abs 1 S 2, die Frist beginne nicht vor der Geburt des Kindes (s § 1740 e Rz 3); zur Problematik des § 1740 e s im übrigen dort Rz 3 ff.
- 7 Schwierige Probleme treten schließlich in den komplizierten namensrechtlichen Regelungen des § 1740 f Abs 2, 3 auf (s dort Rz 14 ff, 18 ff, 52), und zu merkwürdigen Konsequenzen kann die Regelung des § 1740 g führen (s dort Rz 5, 19).

§ 1723

Ein nichteheliches Kind ist auf Antrag seines Vaters vom Vormundschaftsgericht für ehelich zu erklären, wenn die Ehelicherklärung dem Wohle des Kindes entspricht und ihr keine schwerwiegenden Gründe entgegenstehen.

NEhelG Art 1 Nr 28.

Systematische Übersicht

I. Entstehungsgeschichte, Allgemeines

1. Entstehungsgeschichte 1
2. Allgemeines 3

II. Voraussetzungen und Wirkungen der Ehelicherklärung

1. Voraussetzungen (1. Satzteil)

7. Titel. Legitimation nichtehelicher Kinder

- a) Nichtehelichkeit des Kindes, voraus-
gegangene Adoption? 6
- b) Feststellung der Vaterschaft 9
- c) Antrag des Vaters, Rechtsnatur des
Antrags 10
- d) Einwilligung des Kindes 17
- e) Wohl des Kindes 19
- f) Prüfung der Verhältnisse des Vaters,
eheähnliches Verhältnis der Eltern
des Kindes 24
- 2. Schwerwiegende Gründe 31

3. Wirkungen der Ehelicherklärung 40

III. Verfahren

- 1. Zuständigkeit 41
- 2. Antragsverfahren der freiwilligen Ge-
richtsbarkeit, Beteiligte 43
- 3. Rechtliches Gehör, Amtsermittlung
46
- 4. Die Entscheidung 49

IV. Tätigkeit des Standesbeamten 58**Alphabetische Übersicht**

Abstammungsurkunde 58

Adoption 7 ff, 12 f, 39

Allgemeines 3 f

Amtsermittlung 47

Anhörungen 46

Antrag des Vaters 10 ff

– Rechtsnatur 10 ff

– Rücknahme 15

– Widerruf 15

Antragsverfahren 10, 43

Eheähnliches Verhältnis der Eltern 27 ff

Ehelicherklärung, auf Antrag des Kindes 5

– auf Antrag des Vaters 10 ff

– – Bekanntmachung 50

– – Entscheidung 49 ff

– – vor Geburt des Kindes? 18

– – Wirkungen 40

Entstehungsgeschichte 1 f

Ersetzung von Einwilligungen 48

Feststellung der Vaterschaft 49

Geburtenbuch 58

Gerichtsgebühren 49

GG Art 6 Abs 1 34

Kind, Einwilligung 17

– minderjähriges 20, 24 ff

– verheiratetes 17

– volljähriges 16, 22

Legitimation durch nachfolgende Ehe 4

Nichtehelichkeit 6

Rechtliches Gehör 46

Schwerwiegende Gründe 2, 31 ff

– Begriff, Bedeutung 31 ff

– Ehehindernis? 37

– mehrere? 32

Standesbeamter 58

Vater, beschränkt geschäftsfähiger 44

– Tod, Fortsetzung des Verfahrens 45

Verfahrensbeteiligte 44

Volljährigkeit des Kindes 16, 22

Voraussetzungen der Ehelicherklärung 6 ff

Wohl des Kindes 19 ff

Zuständigkeit 41

I. Entstehungsgeschichte, Allgemeines**1. Die Vorschrift lautete ursprünglich:**

1

Ein uneheliches Kind kann auf Antrag seines Vaters durch eine Verfügung der Staatsgewalt für ehelich erklärt werden.

(Abs 2 und 3 betrafen die Zuständigkeit.)

Die Vorschrift des Abs 1 bedeutete, daß die zuständige Stelle eine Ermessensent-
scheidung treffen konnte (s auch Vorbem 45 zu § 1705). Zu weiteren Einzelheiten
und zur Rechtsentwicklung bis 31. 12. 1961 s Vorauf 1 § 1723 Rz 16–19.

Das (am 1. 1. 1962 in Kraft getretene) FamRÄndG 1961 führte folgende Vorschrift
ein:

Ein uneheliches Kind kann auf Antrag seines Vaters vom Vormundschaftsgericht für ehelich erklärt
werden.

Die Voraussetzungen hierzu regelte § 1734 (Näheres hierzu s Vorauf § 1723 Rz 4 ff, 20 ff, § 1734 Rz 3 ff).

- 2 Das NEhelG, auf dem die jetzige Fassung beruht, fügte die in der früheren Vorschrift des § 1734 enthaltenen Voraussetzungen der Ehelicherklärung in § 1723 ein. Die Formulierung „schwerwiegende Gründe“ geht auf den Rechtsausschuß des Bundestags zurück (BT-Drucks V/4179) – in dem RegE (BT-Drucks V/2370) war der Begriff „triftige Gründe“ verwendet –. In dem Schriftl Bericht des Rechtsausschusses (zu Drucks V/4179, 4 zu Nr 27) ist hierzu gesagt: Der Rechtsausschuß sei der Ansicht, die Ablehnung des Antrags sei nur gerechtfertigt, wenn die Gründe, die gegen eine Ehelicherklärung sprächen, nicht nur triftig, sondern erst, wenn sie schwerwiegend seien, da für die Zulassung einer Ehelicherklärung ausschließlich das Wohl des Kindes entscheidend sein müsse. Diese Auffassung war freilich unklar und widerspruchsvoll, da, wenn der Schlußsatz „da . . .“ zuträfe, der Satzteil „und ihr keine schwerwiegenden Gründe entgegenstehen“ überhaupt entbehrlich gewesen wäre.

3 2. Allgemeines

Die Ehelicherklärung ist dazu bestimmt, dem nichtehelichen Kinde *im Verhältnis zum Vater* und *auf dessen Antrag* die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes zu verschaffen.

- 4 Der grundsätzliche Unterschied zur Legitimation durch nachfolgende Ehe (§ 1719) besteht darin, daß diese, wenn ihre Voraussetzungen (die Feststellung der Vaterschaft und die Eheschließung) vorliegen, kraft Gesetzes ohne weiteres eintritt (s § 1719 Rz 24), während zur Ehelicherklärung eine *gerichtliche Entscheidung*, die das Vorliegen der in § 1723 genannten Voraussetzungen erfordert, notwendig ist, sowie daß die Ehelicherklärung nach dem Tode des Kindes nicht mehr möglich ist (§ 1733 Abs 1), während die Legitimation (§ 1719) nach dem Tode des Kindes Wirkungen zugunsten der Abkömmlinge des Kindes hervorruft (§ 1722). Bei der Ehelicherklärung wird das Kind auch voll in die Familie des Vaters integriert (da die frühere Regelung des § 1737 aF aufgehoben worden ist – s § 1737 Rz 1 –); der Vater erlangt allein die elterliche Sorge (§ 1736), die Mutter verliert sie (§ 1738 Abs 1), eine gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge durch beide Elternteile scheidet hier aus, die Mutter hat nur noch ein Umgangsrecht (s § 1738 Rz 8).
- 5 Eine Ehelicherklärung des nichtehelichen Kindes im Verhältnis zur Mutter ist dem BGB unbekannt (Mot IV 932). In der Reformdiskussion nach 1949 wurde vereinzelt eine solche Möglichkeit de lege ferenda befürwortet, doch fanden solche Vorschläge überwiegende Ablehnung (s dazu Vorauf § 1723 Rz 2). Der Gesetzgeber schuf später aber mit dem NEhelG die Ehelicherklärung auf Antrag des Kindes (§§ 1740 a ff, s dazu Vorbem 46 zu § 1705, Vorbem 18 ff zu § 1719, sowie § 1740 a Rz 1 ff).

II. Voraussetzungen und Wirkungen der Ehelicherklärung

6 1. Die Ehelicherklärung setzt voraus:

- a) Das Kind muß **nichtehelich** sein (s dazu Vorbem 3 zu § 1600 a, sowie § 1719 Rz 10).
- 7 Hatte die *Mutter* das Kind **adoptiert** (§ 1741 Abs 3 S 2), kann es nicht auf Antrag des Vaters für ehelich erklärt werden, auch nicht nach dem Tode der Mutter; es ist nicht mehr nichteheliches Kind (§ 1754 Abs 2), es verbleibt im Familienverband der Mutter (§ 1755 Abs 1; ebenso GERNHUBER § 62 V; SOERGEL-ROTH-STIELOW § 1723 Rz 4). Anders aber, wenn die Adoption wieder aufgehoben ist (§ 1763).

Das gleiche gilt, wenn das Kind *von Dritten adoptiert* worden war (s dazu auch ERMAN-HOLZHAUER Rz 2).

War das Kind *vom Vater adoptiert* worden (§ 1741 Abs 3 S 2), so kann es nicht 8
(mehr) für ehelich erklärt werden, da es bereits die Rechtsstellung eines ehelichen
Kindes (§ 1754) innehat (ebenso GERNHUBER § 61 II 5; ROTH-STIELOW aaO; anders
nach früherem Recht LG Itzehoe FamRZ 1969, 668).

b) Die **Vaterschaft** muß **festgestellt** sein (§ 1600 a, s dazu dort Rz 46 f, zum Wirk- 9
samwerden der Anerkennung dort Rz 23 ff, zur gerichtlichen Feststellung s § 1600 n
Rz 1, 39 f; zur Legitimation gemäß § 1719 s dort Rz 21 f).

c) Der Vater muß einen **Antrag** auf Ehelicherklärung beim VormG stellen. Dieser 10
Antrag ist nicht nur *Verfahrensantrag* (als notwendige Voraussetzung für die Einlei-
tung eines gerichtlichen Verfahrens), sondern auch *Sachantrag*, Begehren einer
bestimmten Entscheidung, die hier die Rechtsstellung des Vaters (und des Kindes)
betrifft und diese verbessern soll. Er ist zugleich materiell-rechtliches *Rechtsgeschäft*,
also Willenserklärung iS des BGB, nämlich auch eine Art *Einwilligung* in die durch
die begehrte gerichtliche Entscheidung herbeizuführende Rechtsstellung (vgl schon
GÖPPINGER FamRZ 1962, 542), hat also eine Doppelnatur. Die dargelegte Auffas-
sung entspricht mit gewissen Nuancen in der Formulierung der ganz hM. Von
Verfahrenshandlung und Rechtsgeschäft sprachen JANSEN, FGg § 56 a Rz 2; PI-
KART-HENN 241; BÖKELMANN in der VoraufL § 1725 Rz 2; von Verfahrenshandlung
(bzw Prozeßhandlung) und Willenserklärung GERNHUBER § 61 II 7, 13; Münch-
Komm-HINZ § 1723 Rz 4; von einer Verfahrensvoraussetzung und einer Sachvoraus-
setzung BEITZKE § 32 II; dagegen hatte DÖLLE II 543 (§ 111 II 2) die Ansicht
vertreten, der Antrag sei kein echtes einseitiges Rechtsgeschäft, es seien aber die
gesetzlichen Vorschriften über Willenserklärungen entsprechend anzuwenden.

Zu dem Fall, daß auch das Kind einen Antrag (nach dem Tode der Mutter) stellt
(§ 1740 a), s dort Rz 24.

Bemerkenswert ist, daß das Gesetz den *Antrag* und die erforderlichen *Einwilligungs-* 11
erklärungen (zu diesen s Rz 17, sowie zu deren Bedeutung und Rechtsnatur § 1726
Rz 2, 14) in wichtigen Punkten gleich behandelt: Antrag und Einwilligungserklärun-
gen können nicht durch einen Vertreter erklärt werden (§ 1728 Abs 1, s auch
bezüglich des Kindes § 1729), sie sind also **höchstpersönliche Erklärungen** – zum
Antragsrecht als höchstpersönlichem Recht s zB ERMAN-HOLZHAUER § 1723 Rz 4 –
(vgl auch zu anderen Fällen § 1595 Rz 1 ff, § 1595 a Rz 6, § 1600 d Rz 2, 15, § 1600 g
Rz 2, 9, § 1600 k Rz 2, 16), sie sind **bedingungs- und befristungsfeindlich** (vgl § 1724)
und bedürfen der notariellen Beurkundung (§ 1730).

Die Erklärungen sind mit dem Antrag auf den Ausspruch der **Adoption** (s § 1752 12
Abs 2 – notarielle Beurkundung, keine Bedingung oder Befristung –) und den dazu
erforderlichen Einwilligungen (s §§ 1746, 1747, 1750 Abs 1 S 2, Abs 2 S 1 – notarielle
Beurkundung, keine Bedingung oder Befristung –) **vergleichbar**. Antrag und Ein-
willigungen stellen kein Vertragsangebot und keine Vertragsannahme dar, sondern
beziehen sich auf eine begehrte gerichtliche Entscheidung, welche die Rechtsstel-
lung des Kindes als eheliches Kind herbeiführen soll. Voraussetzung ist jeweils, daß
die Entscheidung dem Wohle des Kindes entspricht (§ 1723) bzw dient (§ 1741
Abs 1), nebst einer bestimmten weiteren Voraussetzung (s jeweils dort). Mängel des
Antrags oder der Einwilligungen werden durch die gerichtliche Entscheidung „ge-
heilt“ (§ 1735, s auch § 1752 Abs 1 – jedoch kann unter bestimmten eng begrenzten
Voraussetzungen die Adoption gemäß § 1760 aufgehoben werden –); die stattge-
bende Entscheidung ist unanfechtbar und unabänderbar (§§ 56 a Abs 1 S 2, 56 e S 3
FGG). Nach dem Tode des Kindes können Ehelicherklärung und Adoption nicht
mehr erfolgen (§§ 1733 Abs 1, 1753 Abs 1), wohl aber nach dem Tode des Vaters
bzw des Annehmenden, jeweils unter bestimmten, sinngemäß gleichen Vorausset-

zungen (§§ 1733 Abs 2, 1753 Abs 2, zu den Wirkungen s jeweils Abs 3; zu § 1733 Abs 2, 3 s dort Rz 6 ff, 10 ff).

- 13 Der Antrag auf Ehelicherklärung (und auf den Ausspruch der Adoption) ist grundsätzlich zu unterscheiden von den Anträgen im Verfahren auf Anfechtung der Ehelichkeit (s § 1599 Rz 4 f) und auf Anfechtung der Anerkennung der Vaterschaft (s § 1600 I Rz 3 f); diese Anträge haben keine materiellrechtlichen Wirkungen, sie zielen auf eine gerichtliche Entscheidung, die eine bestehende Rechtsstellung beseitigen soll, während es hier darum geht, mit Einwilligung bestimmter Beteiligter eine bestimmte Rechtsstellung zu *erlangen*, die ein familienrechtliches Rechtsverhältnis betrifft.
- 14 Die dargelegten Erwägungen machen deutlich, daß der Antrag auf Ehelicherklärung (§ 1723) – wie der Antrag auf Ausspruch der Adoption – im Familienrecht sonst keine Parallele hat (wie auch im gesamten bürgerlichen Recht).
- 15 Da der Antrag, wie erwähnt, auch Verfahrenshandlung ist, kann er zurückgenommen werden (s auch § 1733 Rz 20). Die etwaige Erklärung eines Widerrufs ist als Rücknahme auszulegen und zu behandeln (zu Einwilligungserklärungen s dagegen § 1726 Abs 2 HS 2, dort Rz 13).
- 16 Die Antragstellung ist nicht befristet; der Vater kann den Antrag auch noch stellen, wenn das Kind *bereits volljährig* geworden ist (arg §§ 1726 Abs 1 S 1, 1729 S 2, s auch unten Rz 17 und § 1729 Rz 14, sowie PALANDT-DIEDERICHSEN § 1740 a Anm 1).
- 17 d) Zur Ehelicherklärung ist weiterhin die **Einwilligung des Kindes**, im Falle seiner Minderjährigkeit – also nur in diesem Falle – die Einwilligung der Mutter (s dazu § 1726 Rz 5, 14, sowie auch oben Rz 16), im Falle der Verheiratung des Vaters auch die seiner Ehefrau (§ 1726 Abs 1, Näheres s dort Rz 8, 14) erforderlich. Zur Verheiratung des Kindes s § 1726 Rz 10.
- 18 Die Ehelicherklärung des Kindes kann erst **nach dessen Geburt** (und nach Feststellung der Vaterschaft, s oben Rz 9) beantragt werden, andernfalls wäre sie von dem Eintritt der (unzulässigen) Bedingung der Lebendgeburt des Kindes (s § 1724) abhängig; daraus, daß eine Vaterschaftsanerkennung vor der Geburt möglich ist (§ 1600 b, s dort Rz 10 ff), können keine anderen Schlüsse gezogen werden (s LG Berlin FamRZ 1984, 92; KG OLGZ 1983, 434 = FamRZ 1984, 98 = Rpfleger 1984, 16, sowie auch § 1740 a Rz 21).
- 19 e) Die praktisch wichtigste Voraussetzung der Ehelicherklärung – soweit diese überhaupt praktische Bedeutung hat (s Vorbem 47, auch 45 zu § 1705) – ist die, daß die Ehelicherklärung dem **Wohle des Kindes** entspricht (vgl zu dieser Formulierung auch § 1707 Rz 15, § 1711 Rz 24, sowie § 1741 Abs 1, 1. Satzteil).
- 20 Dieses Erfordernis betrifft (nur) das **minderjährige Kind**; der Begriff „Wohl des Kindes“ wird im Gesetz auch nur in einem diesbezüglichen Zusammenhang verwendet, s zB §§ 1627, 1634 Abs 2 S 2, Abs 3 S 1, 1666 Abs 1 S 1, 1671 Abs 2, Abs 3 S 1, Abs 5, 1678 Abs 2, 1707 S 2, 3, 1711 Abs 2, 1741 Abs 1, 1763 Abs 1 (während zB bezüglich der Adoption eines Volljährigen von dem Erfordernis der sittlichen Rechtfertigung die Rede ist, s § 1767). Maßgebend sind stets die Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Zwecks der jeweiligen Vorschrift (s § 1707 Rz 15).
- 21 Im vorliegenden Falle ist nicht erforderlich, daß die Ehelicherklärung dem Wohle des Kindes mehr dient als die Unterlassung der Ehelicherklärung; vielmehr reicht es aus, daß die stattgebende Entscheidung dem Wohl des Kindes jedenfalls nicht weniger nützt als die ablehnende (so auch BÖKELMANN in der VoraufI § 1734 aF Rz 3), dh daß das Kind in nicht ungünstigere Verhältnisse gerät als zuvor. Wenn freilich die Verhältnisse, in denen das Kind lebt, so ungünstig sind, daß das VormG Maßnah-

men nach § 1666 ergreifen müßte, und diese Verhältnisse sich durch die Ehehelerklärung nicht ändern würden, darf diese nicht ausgesprochen werden.

Es reicht auch nicht aus, daß das Wohl des Kindes der Ehehelerklärung nicht entgegensteht oder nicht widerspricht (vgl. dagegen § 1707 S 2, dazu dort Rz 14, 18 ff).

Ist das Kind bereits **volljährig** (s. Rz 16), so schreibt das Gesetz an sich, da dieser Fall 22 offensichtlich nicht bedacht wurde (bei der Neufassung des § 1734 durch das Fam-RÄndG 1961, Art 1 Nr 16 und bei der Einfügung dieser Voraussetzung in § 1723, s. oben Rz 2) die gleichen Voraussetzungen vor. Indessen paßt der Begriff „Wohl des Kindes“ nicht für ein volljähriges Kind (s. oben Rz 20) und ist daher systemwidrig. Hier sollte der Begriff im Sinne eines sachgemäßen Interesses verstanden werden (vgl. auch Gutachten des Deutschen Instituts für Vormundtschaftswesen DAVorm 1984, 157 f) – läge ein solches Interesse an der Ehehelerklärung nicht vor, so wäre das Begehren als mißbräuchlich zu beurteilen –. Die Ehehelerklärung hat hier die Bedeutung, daß das Kind eben nicht mehr nichtehelich ist, den Familiennamen des Vaters erlangen kann und nach dem Tod des Vaters und der Eltern oder Voreltern des Vaters erbberechtigt ist (§ 1924), also die Vorschriften der §§ 1934 a ff nicht mehr anwendbar sind (s. auch § 1740 a Rz 38).

Hier drängt sich die Frage auf, da das eigentliche Schwergewicht der Ehehelerklärung 23 auf der Zuteilung der elterlichen Sorge auf den Vater liegt, ob die Zulassung der Ehehelerklärung eines Volljährigen überhaupt sinnvoll ist (wenn man nicht das Institut der Ehehelerklärung als entbehrlich überhaupt abschafft, s. Vorbem 48 zu § 1705).

f) Für das *minderjährige Kind* wird die Ehehelerklärung meist insofern günstig sein, 24 als es in die Stellung eines ehelichen Kindes einrückt (s. dazu § 1736 Rz 4 ff). Der Vater ist allein für die Betreuung und Erziehung des Kindes verantwortlich, die Mutter verliert die elterliche Sorge (§ 1738 Abs 1, s. dort Rz 5, 7 ff). Deshalb sind vor der Ehehelerklärung die gesamten Verhältnisse des Vaters sorgfältig zu prüfen.

Der Vater muß zu *persönlichen Beziehungen zum Kinde* in der Lage sein (s. auch 25 § 1733 Rz 2), was nicht der Fall ist, wenn er sich in längerer Strafhaft befindet (s. BayObLG FamRZ 1983, 532, 533). Er muß grundsätzlich willens und in der Lage sein, das Kind zu versorgen oder zB durch nahe Verwandte versorgen zu lassen. Im letzteren Falle sind auch die häuslichen Verhältnisse dieser Personen in die Prüfung einzubeziehen. Ist der Vater verheiratet, so kommt es wesentlich auf die Person der Ehefrau an; sie muß die Gewähr dafür bieten, daß das Kind einwandfrei betreut und erzogen wird.

Will der Vater das Kind anderweitig unterbringen, zB in einem Heim, so braucht 26 dies der Ehehelerklärung nicht grundsätzlich entgegenzustehen, wenn angenommen werden kann, daß der Vater sich um das Kind kümmern wird, zB durch regelmäßige Besuche (s. GÖPPINGER FamRZ 1963, 273, 274), vor allem, wenn das Kind schon bisher in einem Heim lebte.

Das OLG Köln (FamRZ 1968, 479) hat es auch als zulässig angesehen, daß der Vater das Kind bei seiner Mutter und Großmutter mütterlicherseits beläßt (s. auch AmtsG Berlin-Schöneberg FamRZ 1966, 370; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2 d).

Von größerer praktischer Bedeutung ist die Frage, ob die Ehehelerklärung dem 27 Wohl des Kindes entspricht, wenn Vater und Mutter in einem **eheähnlichen Verhältnis** zusammenleben (hierzu s. SCHÖPS 197 ff; BEITZKE FamRZ 1974, 553).

Die Ehehelerklärung darf hier aber nicht mit der Begründung abgelehnt werden, 28 das Kind sei durch das eheähnliche Verhältnis seiner Eltern sittlich gefährdet (GERNHUBER § 61 II 6; MünchKomm-HINZ Rz 7, s. ferner grundsätzlich Vorbem 41 zu

- § 1705; anders noch GÖPPINGER FamRZ 1963, 273, 274); auch darf die Entscheidung nicht zum Anlaß genommen werden, den Eltern eine Mißbilligung über ihr Zusammenleben auszusprechen (GERNHUBER und HINZ aaO).
- 29 Die Ehelicherklärung darf auch nicht dazu dienen, den Anschein zu erwecken, als seien die Eltern des Kindes miteinander verheiratet (vgl Vorbem 45 zu § 1705, sowie auch § 1727 Rz 14). Die Ehelicherklärung wird hier selten dem Wohle des Kindes dienen (ebenso GERNHUBER § 61 II 6). Die Betreuung des Kindes wird zwar idR – zunächst – dieselbe bleiben wie zuvor. Jedoch wird insofern eine neue Lage geschaffen, als nun dem Vater allein die elterliche Sorge für das Kind zusteht, während die Mutter nach der zwingenden Regelung des § 1738 Abs 1 die elterliche Sorge verloren hat. Sie muß sich künftig in allen Angelegenheiten den Anordnungen oder der Meinung des Vaters fügen und ist zusätzlich mit der Ungewißheit belastet, ob und wie lange die außereheliche Verbindung Bestand hat. Endet diese, so endet idR auch ihr Zusammensein mit dem Kinde. Hieraus können sich Konfliktsituationen ergeben, die das Wohl des Kindes gefährden können (s schon GÖPPINGER FamRZ 1963, 272, 274; s ferner auch SCHUMACHER FamRZ 1960, 13; BOSCH FamRZ 1958, 428; 1959, 170; 1961, 37; sowie SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 3; grundsätzlich gegen eine Ehelicherklärung im Falle des sog Rentenkonkubinats, das früher eine nicht unerhebliche Bedeutung hatte, Begründung des RegE BT-Drucks V/2370, 72; JANSEN-KNÖPFEL 301).
- 30 Ausnahmen sind jedoch denkbar, etwa bei schwerer lebensgefährlicher Erkrankung des Vaters oder der Mutter (vgl Präsident OLG Nürnberg FamRZ 1958, 428). ZT wurde eine Ausnahme auch zugelassen, wenn angenommen werden konnte, das Kind werde im Falle einer Beendigung der Beziehungen der Eltern beim Vater oder bei väterlichen Verwandten ebenso gut betreut wie bei der Mutter (s GERNHUBER aaO m Fn 19; SCHUMACHER aaO; BEITZKE FamRZ 1974, 553, 555; Präsident OLG Nürnberg FamRZ 1961, 36).
- 31 2. Entspricht die Ehelicherklärung dem Wohl des Kindes, so ist sie trotzdem zu versagen, wenn ihr **schwerwiegende Gründe** entgegenstehen. Dieser Begriff wird in der neueren Gesetzessprache zT zur Regelung besonderer Fälle verwendet (vgl §§ 1695 Abs 2 idF des GleichbG, jetzt 50 a Abs 3 S 1 FGG, ferner §§ 1576, 1579 Abs 1 Nr 4, 1671 Abs 3 S 2 aF, 1727, 1757 Abs 3 S 1, 1763 Abs 1 und § 50 b Abs 3 S 1 FGG, sowie zum Begriff schwerwiegende Zweifel § 1600 o Abs 2 S 2). Mit dem Begriff soll hier zum Ausdruck gebracht werden, daß es sich um Gründe handeln muß, die enger zu fassen sind und stärkeres Gewicht haben als triftige Gründe, wie gem § 1734 aF (s oben Rz 2) oder wichtige Gründe, die zB der Eingehung einer Ehe entgegenstehen (§ 4 Abs 3 EheG). Triftige Gründe, die etwa entgegenstehen, sollen damit also noch nicht als ausreichend beurteilt werden (vgl auch zum triftigen Grund § 1746 Abs 3, zu triftigen Gründen § 3 Abs 3 EheG; s ferner SOERGEL-LIERMANN [Erg 1983] zu Rz 9).
- 32 Die Formulierung des Gesetzes ist insofern ungenau, als *ein schwerwiegender Grund* als ausreichend zu beurteilen ist, dh nicht mehrere Gründe vorzuliegen brauchen (ebenso MünchKomm-HINZ Rz 9, sowie zum früheren Recht „triftige Gründe“ in § 1734 aF BÖKELMANN in der VoraufL § 1734 Rz 14; GÖPPINGER FamRZ 1963, 272, 274 Fn 27, sowie zu § 3 Abs 3 EheG GÖPPINGER FamRZ 1959, 397, 399 re Sp).
- 33 Die Voraussetzungen des letzten Satzteils des § 1723 sind von *selbständiger Bedeutung*; das Wohl des Kindes darf nach Wortlaut und Sinn des § 1723 niemals allein maßgebend sein. Somit sind stets abzuwägen das Gewicht des Wohls des Kindes und die etwa entgegenstehenden schwerwiegenden Gründe. Je dringender etwa das Wohl des Kindes für eine Ehelicherklärung spricht, desto gewichtiger müssen die Gegengründe sein, wenn an ihnen die Ehelicherklärung scheitern soll (ähnlich MünchKomm-HINZ Rz 9).

Schwerwiegende Gründe *gegen* die Ehelicherklärung können sich nur aus Umständen 34 ergeben, die nicht bereits als dem Wohl des Kindes dienend und für die Ehelicherklärung sprechend erachtet werden. Es muß sich um Gründe und Gesichtspunkte handeln, die nicht oder nicht unmittelbar das Wohl des Kindes betreffen oder berühren, sondern sich aus Erwägungen ergeben, die aus anderen Vorschriften des GG (zB Art 6 Abs 1 GG) oder sonstigen Grundsätzen der Rechtsordnung oder aus der allgemeinen Sittenordnung herzuleiten sind (vgl schon GÖPPINGER FamRZ 1963, 272, 274).

Die Frage, wann ein schwerwiegender Grund vorliegt, läßt sich, wie auch die Frage 35 nach dem Wohl des Kindes (Rz 20), immer nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles entscheiden; dies gilt auch nach dem Tode des Vaters (§ 1733 Abs 2 – s noch Rz 45 –).

Als Anhaltspunkte können dazu folgende Gesichtspunkte dienen:

Schwerwiegende Gründe können im Einzelfall gegen die Ehelicherklärung spre- 36 chen, wenn der Vater bereits *eheliche Kinder* hat und diese *in unzumutbarer Weise benachteiligt* würden (vgl auch § 1727 Rz 13 ff) oder wenn nach Lage der Verhältnisse *erhebliche* Familienzwistigkeiten vor allem in der Familie des Vaters, evtl auch in der mütterlichen Familie zu befürchten wären (GÖPPINGER aaO 275; Münch-Komm-HINZ Rz 9; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2 e).

Ferner können schwerwiegende Gründe vorliegen, wenn die Eheschließung zwi- 37 schen Vater und Mutter wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft verboten ist (§ 4 EheG) und die zugrundeliegenden Tatsachen in weitem Umkreis bekannt sind (HINZ aaO; DIEDERICHSEN aaO). Hier wird es von den gesamten Lebensverhältnissen, aber auch vom Grad der Verwandtschaft (iS des § 4 Abs 1 EheG) abhängen, ob die Ehelicherklärung zu versagen ist. Schwägerschaft wird mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Befreiung vom Ehehindernis (§ 4 Abs 3 EheG) seltener als schwerwiegender Grund gegen die Ehelicherklärung anzusehen sein.

Ob den Eltern des Kindes die Heirat zugemutet werden kann, ist ohne Bedeutung. 38 Die Ehelicherklärung darf nicht mit der Begründung abgelehnt werden, die Eltern des Kindes könnten ja heiraten (MünchKomm-HINZ Rz 7; ERMAN-HOLZHAUER Rz 7; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2 d; GERNHUBER § 61 II 6 m Fn 11); dies wäre ein illegitimer Eingriff in die Entschlußfreiheit (GERNHUBER aaO; anders freilich die Begründung zum RegE des späteren FamRÄndG 1961 BT-Drucks III/530, 19, wo als Beispiel für entgegenstehende triftige Gründe gerade der Fall angeführt wird, daß die Eltern die Eheschließung ohne beachtenswerte Gründe [!] unterlassen, ebenso SCHWARZHAUPT FamRZ 1961, 331). Dies gilt auch, wenn die Eltern des Kindes in häuslicher Gemeinschaft zusammenleben und die Eheschließung, aus welchen Gründen auch immer, unterlassen (vgl noch BVerfGE 56, 363, s Vorbem 26 zu § 1705).

Unerheblich ist, ob der Vater das Kind adoptieren könnte. Das Gesetz schreibt kein 39 Verhältnis der Spezialität oder Subsidiarität vor (s auch ERMAN-HOLZHAUER Rz 7; zu den gegen die Adoption bestehenden grundsätzlichen Bedenken s Vorbem 49 f zu § 1705).

3. Mit der Ehelicherklärung erlangt das Kind die volle Rechtsstellung eines ehelichen 40 Kindes mit allen Konsequenzen, auch des gegenseitigen Unterhaltsrechts und Erbrechts (s § 1736 Rz 4 ff). Zum Familiennamen des Kindes s § 1737; zur Beendigung der Amtspflegschaft s § 1736 Rz 7. Die (wirksam gewordene) Ehelicherklärung (s unten Rz 50) kann auch dann nicht aufgehoben werden, wenn sie (insbesondere) an Formmängeln leidet (s § 1735 Rz 7 ff, zu besonderen Fällen s dort Rz 13 ff). Sie wird (rückwirkend) unwirksam, wenn rechtskräftig festgestellt ist, daß der Mann nicht der Vater des Kindes ist (s § 1735 Rz 19 ff).

III. Verfahren

- 41 1. Zuständig** ist das AmtsG als VormG (§ 35 FGG). Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach § 43 a Abs 1 FGG: zuständig ist damit das Gericht, in dessen Bezirk der *Vater* seinen Wohnsitz oder ggf wenigstens seinen Aufenthalt hat (Näheres s dort Abs 1 sowie noch Abs 2); für das Verfahren auf Ersetzung verweigerter Einwilligungen (§ 1727) und für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gemäß § 1728 Abs 2 gilt dagegen § 43 iVm § 36 FGG (s § 1727 Rz 20, § 1728 Rz 12). Zur internationalen Zuständigkeit s HABSCHIED FamRZ 1981, 1142, 1147.
- 42 Funktionell zuständig** ist der Richter, nicht der Rechtspfleger (§ 14 Nr 3 e RPflG), im württ Rechtsgebiet des Landes Baden-Württ nicht der Notar (§ 37 Nr 17 LFGG).
- 43 2.** Das Verfahren ist ein **Antragsverfahren** der freiwilligen Gerichtsbarkeit (s auch oben Rz 10).
- 44 Beteiligte** sind der Vater als Antragsteller, sowie das Kind (ebenso BASSENGE, FGG § 55 c Anm 2), ferner die Mutter, ggf die Ehefrau des Vaters, wenn dieser verheiratet ist. Ist der Vater beschränkt geschäftsfähig (s § 1728 Abs 2), so ist er dennoch als verfahrensfähig zu behandeln, auch wenn er zu dem Antrag der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf (s aber auch BASSENGE Einl II 4 b). So kann der beschränkt geschäftsfähige Vater zwar einen zulässigen Antrag stellen; als begründet wird der Antrag jedoch kaum je beurteilt werden können, da das Kind ja dann eines Vormunds bedürfte (s dazu § 1728 Rz 6).
- 45** Ist der Vater nach der Beurkundung des Antrags gestorben (§ 1733 Abs 2, s dort Rz 7), so wird das Verfahren gleichwohl fortgesetzt; es ist also auch nicht in der Hauptsache erledigt und kann nicht von den Erben fortgeführt werden. So entsteht hier – wie im Falle des § 1753 Abs 2 – die verfahrensrechtlich groteske und beispiellose Situation, daß in einem Antragsverfahren einem Antrag noch nach dem Tode des Antragstellers und ohne daß eine Rechtsnachfolge eintreten könnte (da der Antrag ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft ist, s oben Rz 11, § 1782 Rz 2) stattgegeben werden kann (vgl auch unten Rz 47 und § 1733 Rz 17).
- 46 3.** Die Beteiligten haben im Verfahren Anspruch auf **rechtliches Gehör**; zum Zwecke der Sachaufklärung sind die Eltern und das Kind zu hören (§§ 50 a, 55 c FGG), evtl auch Verwandte und Verschwägte des Kindes (§ 1847), ferner das Jugendamt (§ 48 a Abs 1 Nr 9 JWG).
- 47** Bezüglich der Aufklärung des Sachverhalts gilt der **Amtsermittlungsgrundsatz** (§ 12 FGG); das VormG hat also von Amts wegen, ohne daß es auf Beweisanträge ankäme, die tatsächlichen Umstände zu ermitteln, die zur Entscheidung erforderlich sind, und zu prüfen, ob ein wirksamer Antrag, wirksame Einwilligungserklärungen vorliegen, ob die tatsächlichen Umstände als nachgewiesen anzusehen sind, aus denen Schlüsse darauf gezogen werden können, ob die Ehelicherklärung dem Wohle des Kindes (s Rz 19 ff) bzw dem Interesse des volljährigen Kindes entspricht (s Rz 22) und ob dieser keine schwerwiegenden Gründe entgegenstehen (s Rz 31 ff).
- 48** Wurde die von der Mutter des Kindes oder von der Ehefrau des Vaters verweigerter Einwilligung ersetzt (§ 1727), so darf die (positive) Entscheidung über die Ehelicherklärung erst ergehen, wenn die gemäß § 1727 getroffene Entscheidung formell rechtskräftig ist (s zum letzteren § 53 Abs 1 S 2 FGG) oder – was kaum praktische Bedeutung haben dürfte, im übrigen auch bedenklich wäre, da damit eine Beschwerde illusorisch würde – für sofort wirksam erklärt ist (§ 53 Abs 2 FGG; s JANSEN FGG § 56 a Rz 9).

Ist aber die Ehelicherklärung vor Rechtskraft der die Ersetzung der verweigerter Einwilligung betreffenden Entscheidung (§ 1727) ausgesprochen worden, so kann

die auf § 1727 beruhende Entscheidung im Beschwerderechtszug nicht mehr geändert werden (§ 55 Abs 2 FGG).

4. Die Entscheidung des VormG ergeht durch Beschluß, der entweder die Ehelicherklärung ausspricht oder den Antrag ablehnt. Sie ergeht gerichtsgebührenfrei (§§ 1, 91 HS 2 KostO). Der Beschluß ist den Beteiligten bekanntzumachen (§ 16 FGG), ggf dem Verfahrenspfleger (s § 1726 Rz 18). **49**

Die **stattgebende Entscheidung** wird mit der Bekanntmachung an den Vater, soweit die Ehelicherklärung nach dessen Tod zulässig ist (§ 1733 Abs 2, s dort Rz 6 ff), mit der Bekanntmachung an das Kind wirksam (§ 56 a Abs 1 S 1 FGG). **50**

Mit der Wirksamkeit der Entscheidung tritt die mit der Ehelicherklärung bezweckte Statusänderung ein; diese Rechtsgestaltung wirkt für und gegen alle, sie ist allgemein bindend, auch für andere Gerichtsverfahren (s dazu allgemein JANSEN, FGG § 16 Rz 22 f; HABSCHIED, Freiwillige Gerichtsbarkeit §§ 28 I 2, II 3, 29 II 1, III). Niemand kann sich darauf berufen, die Entscheidung sei unwirksam (es sei denn in den Ausnahmefällen des § 1735 Rz 13–16 und in dem Feststellungsverfahren des § 1735 S 2, s dort Rz 19 ff), das Kind sei nichtehelich (geblieben). Hier bedarf es daher auch keiner teilweise analogen Anwendung des § 1593 (vgl aber zu § 1719 dort Rz 35 ff).

Der die Ehelicherklärung aussprechende Beschluß ist **unanfechtbar** und **unabänderbar** (§ 56 a Abs 1 S 2 FGG). **51**

Die Anfechtbarkeit wurde für entbehrlich erachtet, da die Ehelicherklärung nur zulässig sei, wenn alle Beteiligten zugestimmt hätten; auch wurde der (seltsame) Gedanke und Gesichtspunkt geäußert, die Rechtsstellung des Kindes solle nicht dadurch gefährdet werden, daß das VormG seine Entscheidung später ändern könne (s Begründung des RegE v 7. 8. 1958 zum späteren FamRÄndG 1961, BT-Drucks III/530, 28).

Dagegen wird die Entscheidung gemäß § 1740 a erst mit der formellen Rechtskraft wirksam (s § 1740 a Rz 49, 52). Bei der Schaffung dieser Neuregelung durch das NEhelG wurde die Angleichung des § 56 a an die des neuen § 56 b FGG unterlassen; in der Begründung des RegE (BT-Drucks V/3719, 53) ist dargelegt, die Regelung des § 56 a solle bei der Ehelicherklärung auf Antrag des Kindes nicht übernommen werden, um das Interesse des überlebenden Elternteils und der Verwandten des Verstorbenen, der selbst am Verfahren nicht teilnehme (!), zu wahren. Die Problematik der Regelung des § 56 a Abs 1 S 2 wurde hier ebenso wenig erkannt wie die des § 56 b FGG (s zur letzteren Vorschrift § 1740 a Rz 52). **52**

Die Unanfechtbarkeit gemäß § 56 a Abs 1 S 2 ist nicht unbedenklich, wenn man erwägt, daß damit auch Rechtsmittel ausgeschlossen sind, wenn die Voraussetzungen des § 1726 Abs 3 (s dazu dort Rz 17 ff) zu Unrecht bejaht wurden (worauf auch BEITZKE § 32 II 1 e hingewiesen hat) oder wenn übersehen wurde, daß die Entscheidung gemäß § 1727 noch nicht rechtskräftig war (s oben Rz 48), zB weil eine Zustellung unwirksam war und damit die Beschwerdefrist nicht in Lauf gesetzt war, oder wenn versäumt wurde, einen Verfahrenspfleger zu bestellen (s oben Rz 49, § 1726 Rz 18). **53**

Eine Beschwerde gegen die Ehelicherklärung ist also selbst *bei grob gesetzwidriger Entscheidung* ausgeschlossen; der Grundsatz, daß in solchen Fällen die Entscheidung anfechtbar sein müßte, gilt hier nicht (s JANSEN, FGG § 56 a Rz 20). Die Beschwerde dürfte allenfalls dann für zulässig erachtet werden müssen, wenn sich das Gericht bewußt über zwingende Vorschriften hinweggesetzt hat (s auch § 1735 Rz 18, sowie JANSEN aaO; KEIDEL-KUNTZE § 56 a Rz 16; BASSENGE § 56 a Anm 4 a). Auch wird in besonderen Ausnahmefällen ein Wiederaufnahmeverfahren zugelassen werden müssen (HABSCHIED § 25 IV; BASSENGE § 18 Anm 5). **54**

- 55** Das VormG darf die Ehelicherklärung auch dann nicht aufheben, wenn sich ergibt, daß der Mann die Vaterschaftsanerkennung bewußt wahrheitswidrig erklärt hatte oder wenn die Vaterschaftsanerkennung wegen Formmängel unwirksam ist (§ 1600 f Abs 1, s dort Rz 6, 7, 11 ff). Die Ehelicherklärung ist vielmehr nur in den in § 1735 Rz 13–16, 19 ff behandelten Fällen unwirksam (in diesen Fällen könnte sie zur Klarstellung aufgehoben werden).
- 56** Die **ablehnende Entscheidung** wird, da § 56 a FGG insoweit keine Sonderregelung trifft, nach Maßgabe des § 16 FGG wirksam. Sie kann vom Vater als Antragsteller (§ 20 Abs 2 FGG) mit der einfachen Beschwerde angefochten werden (§ 19 FGG). Ist der Vater verstorben, so steht die Beschwerde dem Kinde zu (§ 56 a Abs 2 FGG); hat dieses das 14. Lebensjahr vollendet, so kann es das Beschwerderecht ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters ausüben (§ 59 FGG). Daneben kommt ein Beschwerderecht im Interesse des Kindes (§ 57 Abs 1 Nr 9 FGG) nicht in Betracht (JANSEN § 56 a Rz 25; BASSENGE § 56 a Anm 4 b; anders BÖKELMANN in der Voraufll § 1723 Rz 32; KEIDEL-KUNTZE § 56 a Rz 19; BUMILLER-WINKLER § 56 a Anm 5 d). Die Mutter des Kindes ist nicht beschwerdeberechtigt (LG Berlin FamRZ 1984, 92).
- 57** Auf Antrag des Vaters und nach dessen Tod auf Antrag des Kindes (§ 56 a Abs 2 FGG) kann das VormG die ablehnende Entscheidung ändern (§ 18 Abs 1 HS 2 FGG).

58 IV. Tätigkeit des Standesbeamten

Der die Ehelicherklärung aussprechende Beschluß ist in beglaubigter Abschrift vom VormG dem **Standesbeamten** zu übersenden, der das Geburtenbuch des Kindes führt (§ 30 Abs 2 PStG, § 27 AVOPStG); der Standesbeamte hat sodann dort einen Randvermerk einzutragen (§ 30 Abs 1 PStG, § 39 AVOPStG); zur Geburts- und Abstammungsurkunde s EVANS-VON KRBEK FamRZ 1975, 322; MASSFELLER-HOFFMANN PStG § 65 Rz 8, 9 (Einarbeitung der Ehelicherklärung in die Abstammungsurkunde, als „Eltern“ sind Vater und Mutter anzugeben, ohne Erwähnung der Anerkennung der Vaterschaft und der Ehelicherklärung); zur Einsicht in die Personenstandsbücher s § 61 Abs 1 PStG, zur Eintragung eines Sperrvermerks s § 61 Abs 3 PStG.

§ 1724

Die Ehelicherklärung kann nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen.

E I § 1594; II § 1618 Abs 2; III § 1700; Mot IV 946; Prot IV 711; NEhelG Art 1 Nr 29.

- 1** 1. Die Fassung der Vorschrift ist durch das NEhelG nur insofern geändert worden, als der Begriff „Ehelicheitserklärung“ durch „Ehelicherklärung“ ersetzt wurde (s auch Vorbem 18 zu § 1719).
- 2** 2. Durch die Ehelicherklärung wird ein familienrechtliches Verhältnis gestaltet. Dieser Bedeutung entsprechend sind Bedingungen und Zeitbestimmungen nicht zugelassen (s Mot IV 946). § 1724 steht mit anderen Vorschriften im Einklang, die vergleichbare Verhältnisse betreffen (vgl zu anderen Fällen von Statusbegründungen oder -Änderungen §§ 1600 b [s dort Rz 2], 1740 a Abs 2, 1750 Abs 2, 1752 Abs 2, sowie § 13 Abs 2 EheG, vgl ferner §§ 1726 Abs 2, 1355 Abs 4 S 2, 1618).

3. Wird dem Beschluß, der die Ehelicherklärung ausspricht, entgegen § 1724 eine 3
Bedingung oder Zeitbestimmung beigefügt, so ist er *nichtig*; die gewollten Wirkun-
gen (§§ 1736–1739) traten demgemäß nicht ein. Nach dem eindeutigen Gesetzes-
wortlaut „kann nicht“ vermag auch § 1735 diesen Mangel nicht zu heilen.

4. Da die Ehelicherklärung selbst keine Bedingung oder Zeitbestimmung enthalten 4
darf, muß das gleiche für den darauf gerichteten Antrag und die Einwilligungserklä-
rungen (§ 1726) gelten (s § 1726 Rz 13). Wird ein Mangel dieser Art bei der
Ehelicherklärung übersehen, so gilt § 1735; dh ist der Antrag oder eine Einwilli-
gungserklärung bedingt oder befristet, enthält die Ehelicherklärung, die gerichtliche
Entscheidung, aber keine solche Einschränkung, so ist die Entscheidung wirksam.

§ 1725

Aufgehoben durch Art 1 Nr 30 NEheIG.

§ 1726

**Zur Ehelicherklärung ist die Einwilligung des Kindes und, wenn das Kind minder-
jährig ist, die Einwilligung der Mutter erforderlich. Ist der Vater verheiratet, so
bedarf er auch der Einwilligung seiner Frau.**

**Die Einwilligung ist dem Vater oder dem Vormundschaftsgericht gegenüber zu erklä-
ren; sie ist unwiderruflich.**

**Die Einwilligung der Mutter ist nicht erforderlich, wenn die Mutter zur Abgabe einer
Erklärung dauernd außerstande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt ist. Das
gleiche gilt von der Einwilligung der Frau des Vaters.**

E I §§ 1587, 1591 S 2; II § 1613 Abs 1 und 3; III § 1702; Mot IV 940, 944; Prot IV 708; NEheIG Art 1
Nr 14, 29; Gesetz zur Neuregelung des Volljährigkeitsalters v 31. 7. 1974, BGBl I 1713, Art 1
Nr 8

Systematische Übersicht

I. Zur Textgeschichte 1

c) Ehefrau des Vaters 8

d) Ehegatte des Kindes? 10

II. Allgemeines 2

2. Abgabe der Einwilligungserklärung
und Rechtsnatur der Einwilligung

a) Abgabe gegenüber dem VormG 11

b) Wirksamwerden der Einwilligung 13

c) Rechtsnatur der Einwilligung 14

3. Abs 3 17

III. Die erforderlichen Einwilligungen

1. Grundsätzliches 3

a) Kind 4

b) Mutter 5

I. Zur Textgeschichte

1

Durch das FamRÄndG (Art 1 Nr 14) wurden in Abs 2 die Worte „der Behörde“
durch „dem Vormundschaftsgericht“ ersetzt (im Hinblick auf die Änderung des
§ 1723). Durch Art 1 Nr 29 NEheIG wurde in Abs 1 S 1 das Wort „Ehelicheitser-
klärung“ durch „Ehelicherklärung“ ersetzt. Ferner wurde in Abs 1 S 1 der mit
„wenn“ beginnende Nebensatz durch das Gesetz zur Neuregelung der Volljährig-
keit v 31. 7. 1974, BGBl I 1713, neugefaßt (Art 1 Nr 8).

2 II. Allgemeines

§ 1726 handelt von den Einwilligungserklärungen, die neben dem Antrag des Vaters Voraussetzung der Ehelicherklärung sind. Hauptbeteiligte bei der Ehelicherklärung sind *der Vater und das Kind; ihre Erklärungen*, die nicht ersetzbar sind, bilden den „tragenden privatrechtlichen Teil der Ehelicherklärung“ (so treffend GERNHUBER § 61 II 7; s auch noch § 1723 Rz 10, 11, 13, § 1728 Rz 14).

Hinsichtlich der Einwilligung der Mutter und der Ehefrau des Vaters wird § 1726 durch § 1727 ergänzt.

Über die Folgen des Fehlens eines gesetzlichen Erfordernisses der Ehelicherklärung s § 1723 Rz 40, 50 ff und § 1735 Rz 6 ff.

III. Die erforderlichen Einwilligungen

- 3 1. Die Ehelicherklärung erfordert nach § 1726 Abs 1 die Einwilligung des Kindes, ferner, wenn es noch minderjährig ist, der Mutter und außerdem, wenn der Vater verheiratet ist, die Einwilligung der Ehefrau. Die Einwilligungen können auch nach dem Tode des Vaters (§ 1733 Abs 2) erklärt werden (s ferner dort Rz 8).

Diese Einwilligungserklärungen, die höchstpersönliche Erklärungen sind (s § 1723 Rz 11, § 1728 Rz 2), beziehen sich auf die begehrte gerichtliche Entscheidung, nicht auf den Antrag des Vaters (s § 1723 Rz 12); daher spricht das Gesetz wohl auch von „Einwilligung“, nicht von Zustimmung (vgl § 183 im Gegensatz zu § 184 – der Begriff „Zustimmung“ ist der umfassendere –, sowie auch zB § 1600 b Rz 9, § 1600 d Rz 6, § 1600 e Rz 21 f), zu § 1746 s BayObLG FamRZ 1983, 532 = ZblJugR 1983, 431.

- 4 a) Das **Kind** muß stets einwilligen, seine Einwilligung ist nie entbehrlich und nicht ersetzbar (s LG Berlin DAVorm 1978, 543; LG Hamburg DAVorm 1982, 693).

Hat das Kind das 14. Lebensjahr vollendet, so gibt es die erforderliche Erklärung selbst ab, bedarf dazu aber, wenn es noch minderjährig ist, der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§ 1729 S 2). Für das geschäftsunfähige Kind handelt der gesetzliche Vertreter, ebenso für das Kind, welches das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (§ 1729 S 1). Näheres s dort Rz 4.

Einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf der gesetzliche Vertreter nicht (mehr), s § 1729 Rz 2.

- 5 b) Die **Einwilligung der Mutter** des (minderjährigen) Kindes war im E I noch nicht verlangt, weil man dafür kein Bedürfnis sah (Mot IV 941 f); die zweite Kommission war jedoch der Meinung, das große Opfer, das die Mutter dadurch bringe, daß sie sich von ihrem Kinde trenne (vgl § 1738 Abs 1), dürfe ihr nicht gegen ihren Willen aufgedrängt werden.

Die Einwilligung der Mutter ist auch dann erforderlich, wenn ihr das Sorgerecht (§ 1705) nicht zusteht (ebenso GERNHUBER § 61 II 7 Fn 21). Das Erfordernis der Einwilligung entfällt nur, wenn die Voraussetzungen des § 1726 Abs 3 vorliegen (s unten Rz 17 ff).

- 6 Ist die Mutter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so erklärt sie die Einwilligung selbst; eine Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters ist nicht erforderlich (§ 1728 Abs 3).

Zur Ersetzung ihrer Einwilligung s § 1727, dort Rz 5 ff.

- 7 Mit dem Tode der Mutter geht ihr Widerspruchsrecht nicht auf andere Verwandte über, vielmehr erlischt es (VGH Stuttgart JZ 1951, 305 = MDR 1951, 316).

c) Die **Ehefrau des Vaters** muß einwilligen (was KNÖPFEL FamRZ 1983, 317, 324 Fn 107 für bedenklich hält); doch erscheint dieses Erfordernis angesichts der (möglichen) Auswirkungen gerechtfertigt: das Kind ist Stiefkind (vgl auch § 1371 Abs 4), der Ehefrau kann die Betreuung des Kindes obliegen, ferner s zu namensrechtlichen Auswirkungen der Ehelicherklärung § 1737 Rz 7. Das Erfordernis der Einwilligung entfällt erst mit der Auflösung der Ehe, also nicht schon, wenn die Ehegatten getrennt leben.

Die in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehefrau bedarf nicht der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters (§ 1728 Abs 3).

Zur Ersetzung der Einwilligung s § 1727, dort Rz 10 ff.

d) Ist das **Kind** schon **verheiratet**, so ist die Einwilligung seines Ehegatten nicht erforderlich (ebenso DIECKMANN StAZ 1982, 266, 272); eine Analogie zu § 1749 Abs 2 kommt hier nicht in Betracht (s auch § 1740 a Rz 31); zu einer etwaigen Namensänderung s § 1737 Rz 13 ff.

2. Abgabe der Einwilligungserklärung und Rechtsnatur der Einwilligung

11

a) Gemäß Abs 2 ist die Einwilligung (nach Abs 1) gegenüber dem Vater oder dem VormG zu erklären. Diese Vorschrift bezüglich der Erklärung dem Vater gegenüber geht auf die frühere Fassung zurück (s Rz 1), ist aber jedenfalls, seit das VormG zu entscheiden hat, gesetzestechisch verfehlt, was bei der Verabschiedung des FamRÄndG übersehen worden war. Richtigerweise muß es heißen, daß die Einwilligungserklärungen gegenüber dem VormG (dh nur gegenüber diesem) zu erklären sind, wie auch nach der Parallelvorschrift des § 1750 Abs 1 S 1 bezüglich der Einwilligungserklärungen zur Adoption. Denn die Einwilligung bezieht sich jeweils auf die zu erlassende Entscheidung (s Rz 3 und § 1723 Rz 12), spätestens zu diesem Zeitpunkt muß die Einwilligung vorliegen (s auch die Beurkundungsvorschläge von KERSTEN-BÜHLING-APPELL, Formularbuch [1980] Rz 822 f), sie ist materiellrechtliche Voraussetzung der Ehelicherklärung (s Rz 14). Das Gericht hat zu prüfen, ob die Einwilligungen die Erfordernisse der §§ 1724, 1728, 1729, 1730 erfüllen; dazu müssen sie dem Gericht vorliegen (s Rz 12). Das Gericht darf die Ehelicherklärung nicht aussprechen, wenn eine Einwilligungserklärung etwa nur dem Vater zugegangen wäre, wenn sie also nicht an das Gericht weitergeleitet worden wäre.

Die Einwilligungserklärungen müssen im Original, dh in der *Ausfertigung der notariellen Urkunde* vorliegen, die *bloße Abschrift* der Urkunde genügt nicht (vgl – zu § 1747 Abs 2 S 3, 4 – OLG Hamm NJW 1983, 1741 = FamRZ 1982, 845 = OLGZ 1982, 282 = ZblJugR 1982, 418).

b) Die Einwilligungserklärungen werden wirksam mit dem Eingang beim VormG (§ 130) – hier gilt das gleiche wie bezüglich der zur Adoption erforderlichen Einwilligungserklärungen, s § 1750 Abs 1 S 3 –; mit ihrem Wirksamwerden sind sie **unwiderruflich** (§ 1726 Abs 2 HS 2), im Gegensatz zum Antrag des Vaters, der zurückgenommen werden kann (s § 1723 Rz 15). Wird der Antrag zurückgenommen, so sind freilich die abgegebenen Einwilligungserklärungen gegenstandslos geworden.

Eine **Bedingung oder Zeitbestimmung** darf der Einwilligung **nicht** hinzugefügt werden (s § 1724 Rz 4).

Fehlt eine notwendige Einwilligungserklärung oder weist sie Formmängel auf (s zB Rz 12) und wird die Ehelicherklärung trotzdem ausgesprochen, so gilt § 1735.

c) Die Einwilligungen sind sachlich-rechtliche Voraussetzungen der Ehelicherklärung, sie sind nicht zu dem Antrag des Vaters, sondern zu der begehrten Entscheidung.

14

dung erforderlich (s oben Rz 11). Die Einwilligung der Mutter betrifft den Verlust einer eigenen Rechtsstellung (s oben Rz 5), die Einwilligung der Ehefrau des Vaters bezieht sich auf die (möglichen) Auswirkungen der Ehelicherklärung (s oben Rz 8). Diese Rechtsfolgen ergeben sich also jeweils aus der begehrten Entscheidung. Daher sind die Einwilligungen als **einseitige Rechtsgeschäfte** (Willenserklärungen) anzusehen. Da sie aber dem Gericht gegenüber zu erklären sind (s Rz 11), sind sie zugleich auch als **Verfahrenshandlungen** zu beurteilen. Somit gilt hier das gleiche wie hinsichtlich des Antrags (s dazu auch § 1723 Rz 10 ff), sowie auch bezüglich der Einwilligungen zur Adoption gemäß §§ 1746, 1747, 1749 Abs 1 S 1.

15 Die Einwilligung gemäß § 1726 sehen ebenfalls als Willenserklärung an: GERNHUBER § 61 II 7, 8; ERMAN-HOLZHAUER § 1726 Rz 4; PALANDT-DIEDERICHSEN § 1726 Anm 1; MünchKomm-HINZ § 1726 Rz 6; KEIDEL-KUNTZE FGG § 56 a Rz 9; die Einwilligung zur *Adoption* GERNHUBER § 62 V 7; ERMAN-HOLZHAUER § 1750 Rz 2; MünchKomm-LÜDERITZ § 1750 Rz 1 m Fn 2 (unter Aufgabe der abweichenden Auffassung NJW 1976, 1865, 1869: Verfahrenshandlung); dagegen hatten hier angenommen, es liege eine Verfahrensverhandlung vor: LG Berlin FamRZ 1977, 660, 661; OLG Hamm NJW 1979, 49 = FamRZ 1978, 945, 947; BGH NJW 1980, 1746 = LM § 1746 Nr 1 = FamRZ 1980, 675; BRÜGGEMANN FamRZ 1977, 656, 658; HABSCHIED, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl 1983, § 49 III 3, jeweils ohne auf die Problematik näher einzugehen, insbesondere auf die sachlich-rechtliche Bedeutung der Einwilligung.

16 Da die Einwilligungen (§ 1726 Abs 1) – auch – Rechtsgeschäfte (Willenserklärungen) sind, sind sie ggf wegen *Willensmängeln* (§§ 119 Abs 1, 123) *anfechtbar*, solange die Ehelicherklärung noch nicht wirksam geworden ist. Die Unwiderruflichkeit (§ 1726 Abs 2 HS 2) steht dem nicht entgegen.

17 3. Abs 3

Die Einwilligung ist nach Abs 3 dann nicht erforderlich, wenn die betr Person *zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande* ist, dh vor allem bei Geschäftsunfähigkeit, die als Dauerzustand anzusehen ist, also nicht bei einer vorübergehenden Psychose oder wenn das Ende abzusehen ist, zB etwa wenn die Aufhebung der Entmündigung in Aussicht steht, ferner wenn der *Aufenthalt* der Person *dauernd unbekannt* ist, dh wenn kein Lebenszeichen von ihr mehr bekannt ist und keine Anhaltspunkte über ihren Aufenthalt bestehen, Nachforschungen erfolglos geblieben sind und weitere Ermittlungen zwecklos erscheinen. Nicht ausreichend ist es aber, daß das Abwarten der Einwilligung die Entscheidung unangemessen verzögern würde (so hM, s BÖKELMANN in der VoraufL Rz 13; ERMAN-HOLZHAUER Rz 2; GERNHUBER § 61 II 8 Fn 23; BGB-RGRK-SCHEFFLER Rz 2; anders PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2).

18 Entfällt zwar somit das Erfordernis der Einwilligung, so bedeutet dies aber nicht, daß die Mutter des Kindes oder die Ehefrau des Vaters nicht am Verfahren materiell beteiligt wäre, da sich die Entscheidung eben auf sie auswirkt (s oben Rz 5, 8); deshalb hat das Gericht einen Vertreter (Verfahrenspfleger) zu bestellen (s auch § 1740 a Rz 42), der aber nicht befugt ist, die Einwilligung zu erteilen (§ 1728 Abs 1).

19 Die Entscheidung darüber, ob eine Person zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt ist, ist keine Ermessensentscheidung; vielmehr handelt es sich um eine Tat- und Rechtsfrage (jetzt wohl hM, s GÖPPINGER FamRZ 1960, 346; 1962, 542; BÖKELMANN in der VoraufL Rz 14; ERMAN-HOLZHAUER Rz 2).

§ 1727

Das Vormundschaftsgericht hat auf Antrag des Kindes die Einwilligung der Mutter zu ersetzen, wenn die Ehelicherklärung aus schwerwiegenden Gründen zum Wohle des Kindes erforderlich ist.

Das Vormundschaftsgericht kann auf Antrag des Kindes die Einwilligung der Ehefrau des Vaters ersetzen, wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist. Die Einwilligung darf nicht ersetzt werden, wenn berechnigte Interessen der Ehefrau und der Familie der Ehelicherklärung entgegenstehen.

E II § 1603 Abs 2; III § 1703; Prot IV 708; NEhelG Art 1 Nr 31.

Systematische Übersicht

- | | |
|--|--|
| I. Entstehungsgeschichte, Allgemeines
1. Frühere Fassung, Neufassung, deren Grundgedanken 1
2. Allgemeines 4 | 2. Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft 11
3. Berechnigte Interessen der Ehefrau und der Familie 13
4. Die Bedeutung des Wortes „kann“ in S 1 18 |
| II. Die Ersetzung der Einwilligung der Mutter des Kindes (Abs 1)
1. Voraussetzungen, Verfassungsmäßigkeit 5
2. Einzelfragen 7 | IV. Verfahrensfragen
1. Antragstellung 19
2. Zuständigkeit 20
3. Antragsverfahren, Beteiligte 21
4. Ermittlungen 22
5. Entscheidung 23
6. Rechtsmittel 24
7. Gerichtsgebühren 25 |
| III. Die Ersetzung der Einwilligung der Ehefrau des Vaters (Abs 2)
1. Voraussetzungen, Verfassungsmäßigkeit 10 | |

I. Zur Entstehungsgeschichte, Allgemeines

1. In der früheren Fassung des § 1727 war als Voraussetzung für die Ersetzung der von der Mutter verweigerten Einwilligung vorgeschrieben, daß das Unterbleiben der Ehelicheitserklärung dem Kinde zu unverhältnismäßigem Nachteile gereichen würde (s hierzu VoraufI § 1727 Rz 4 ff).

Die Neufassung, die schon auf den RegE (BT-Drucks V/2370) zurückgeht, beruht auf folgenden Erwägungen (aaO 72 f; JANSEN-KNÖPFEL 304 f): Die Interessen von Mutter und Kind sollen nicht mehr gegeneinander abgewogen werden; vielmehr sei die Einwilligung nur zu ersetzen, wenn die Ehelicherklärung zum Wohle des Kindes erforderlich sei. Da die Ehelicherklärung die einzige Möglichkeit sei, dem Vater die elterliche Gewalt zu verschaffen, dürfe sie durch die Mutter nicht verhindert werden, wenn die Übertragung der elterlichen Gewalt im Interesse des Kindes geboten sei. Die Zuordnung des Kindes zum Vater solle die Ausnahme sein (s dazu Begründung des RegE zu § 1705, oben Vorbem 24 zu § 1705). Das Kind sei in seinem Interesse kraft Gesetzes der Mutter zugeordnet; deshalb könnten nur *schwerwiegende Gründe* eine dauernde Ausschaltung der Mutter von der elterlichen Gewalt gegen ihren Willen rechtfertigen.

Mit dem *neuen Abs 2* brachte das NEhelG die Möglichkeit, auch die von der Ehefrau des Vaters verweigte Einwilligung zu ersetzen. Der RegE sah hierzu als Voraussetzung vor, daß das Interesse des Kindes an der Ehelicherklärung das Interesse der Ehefrau und ihrer Familie überwiege. Die Begründung des RegE führte dazu aus (aaO 73; JANSEN-KNÖPFEL 305), das Interesse des Kindes müsse also höher zu bewerten sein als das entgegenstehende Interesse der Ehefrau; derartige Fälle seien vor

allem denkbar, wenn die Ehegatten schon mehrere Jahre getrennt lebten und zwischen ihnen keine echte eheliche Verbindung mehr bestehe. Nicht stichhaltig sei der Einwand, Väter, die in einem Konkubinat mit der Mutter des Kindes lebten, könnten sich eine solche Vorschrift zunutze machen, um ihr ehewidriges Verhältnis zu legalisieren (s dazu auch § 1723 Rz 27 ff). Der *Rechtsausschuß des BT* begründete seinen Vorschlag der dann Gesetz gewordenen Fassung (s zu Drucks V/4179, 4) mit folgender Erwägung: Die Fassung des RegE berücksichtige den Ausnahmecharakter einer Ersetzung der Zustimmung der Ehefrau zu einer Entscheidung, die *das innere Gefüge der Familie* betreffe, nicht genügend, deshalb solle die Einwilligung nur ersetzt werden können, wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben sei, sie dürfe auch in diesem Falle nicht ersetzt werden, wenn berechnigte Interessen der Frau und der Familie entgegenstünden.

- 4 2. § 1727 regelt die vormundschaftsgerichtliche Ersetzung der von der Mutter des Kindes (Abs 1) oder der Ehefrau des Vaters (Abs 2) *verweigerten* Einwilligung bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, die freilich näherer Auslegung bedürfen, während § 1726 Abs 3 den Fall betrifft, daß die Einwilligung aus tatsächlichen Gründen unmöglich ist (s dort Rz 17 ff). Zum Erfordernis der Einwilligung s § 1726 Rz 5 ff.

II. Die Ersetzung der Einwilligung der Mutter des Kindes (Abs 1)

- 5 1. Voraussetzung ist, daß die Ehelicherklärung aus schwerwiegenden Gründen (s dazu schon oben Rz 2 und auch § 1723 Rz 2) zum Wohle des Kindes erforderlich ist.
- 6 Im Hinblick auf diese erschwerten und engbegrenzten Voraussetzungen (s dagegen zum früheren Recht oben Rz 1) und darauf, daß hier die *Zuordnung des Kindes zum anderen leiblichen Elternteil* in Frage steht, wobei das *Wohl des Kindes* (zur Bedeutung allg s § 1707 Rz 15) das maßgebende Kriterium ist, kann diese Regelung nicht als verfassungswidrig beurteilt werden (so auch BÖKELMANN FamRZ 1966, 546, 548 f; KNÖPFEL FamRZ 1967, 581, 590, JANSEN FG § 56 a Rz 9; MünchKommHINZ Rz 2; ODERSKY Anm I 2; ERMAN-HOLZHAUER Rz 1; SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 1; LG München I FamRZ 1975, 593). Aus den strengerer Voraussetzungen des § 1748 (dazu zB BayObLG Rpfleger 1984, 146) bezüglich der Adoption eines Kindes, dh also der Schaffung eines *künstlichen Verwandtschaftsverhältnisses*, können hier keine Schlüsse gezogen werden, da § 1727 Abs 1 eine andere Ausgangslage betrifft. Des weiteren besteht uU die Möglichkeit der Rückübertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter (§ 1738 Abs 2, s dazu dort Rz 11 ff), ferner steht der Mutter ein Umgangsrecht (§ 1634) zu (s § 1738 Rz 8). Unrichtig ist freilich der vom LG München I (aaO) hervorgehobene Gesichtspunkt, die Mutter bleibe rechtlich Inhaberin der elterlichen Sorge, durch die Ehelicherklärung finde lediglich ein Wechsel in der Ausübung (!) der Sorge statt (s dazu § 1738 Rz 4 ff).
- 7 2. Da die Einwilligung der Mutter nur erforderlich ist, wenn das Kind *minderjährig* ist (§ 1726 Abs 1, s dort Rz 3, 5), hat § 1727 Abs 1 auch nur in diesem Falle Bedeutung.
- 8 Auf Grund der Voraussetzungen des Abs 1 (s Rz 5) sind die Verhältnisse bei der Mutter und beim Vater gegeneinander abzuwägen; gegen die Weigerung der Mutter, in die Ehelicherklärung einzuwilligen, müssen schwerwiegende Bedenken bestehen, in dem Sinne, daß die Mutter in besonders grober Weise die Interessen des Kindes verletzt. Erforderlich ist aber andererseits stets auch, daß der Vater bereit und in der Lage ist, für das Kind in einwandfreier Weise zu sorgen oder sorgen zu lassen. Die Ersetzung der verweigerten Einwilligung der Mutter kann daher nicht allein darauf

gestützt werden, daß das Kind bei der Mutter in sittlicher oder gesundheitlicher Hinsicht gefährdet sei (so zum früheren Recht OLG Stuttgart JW 1934, 922, 1372 = JFG 11, 56, hiergegen mit Recht BÖKELMANN in der Voraufll Rz 7), vielmehr sind dann evtl Maßnahmen gemäß § 1666 angebracht. Ist das Kind bei der Mutter gefährdet, käme es aber beim Vater in geordnete Verhältnisse, so kann dies für das Vorliegen der Voraussetzungen des Abs 1 als ausreichend beurteilt werden (so auch ERMAN-HOLZHAUER Rz 2; MünchKomm-HINZ Rz 3), ebenso wenn sich die Mutter jahrelang nicht um das Kind gekümmert und es dem Vater überlassen hat, dessen Mutter es versorgt (s dazu die Fälle LG Hamburg DAVorm 1974, 121; LG München I FamRZ 1975, 593). Vermögensrechtliche Vorteile, die das Kind durch die Ehelicherklärung erlangen würde, können keine schwerwiegenden Gründe für die Ersetzung der verweigerten Einwilligung abgeben (vgl dazu schon zum früheren Recht OLG Neustadt FamRZ 1964, 459 = ZblJugR 1965, 108). Auf eine Abwägung der Interessen der Mutter und des Kindes, der Vorteile, die das Kind erlangt oder erlangen kann, und der Nachteile, welche die Mutter erleidet, kommt es anders als nach früherem Recht (s dazu KG DRW 1939, 2078 = JFG 20, 322; OLG Hamm JR 1950, 274; OLG Celle ZblJugR 1959, 235) nicht mehr an (s oben Rz 2).

Sind die Voraussetzungen des Abs 1 gegeben, so muß das VormG die Einwilligung 9 ersetzen; die *Ausübung richterlichen Ermessens* steht dem VormG hier *nicht* zu, da das Gericht über die Anwendung und Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe (Gesetzesbegriffe) – Wohl des Kindes, schwerwiegende Gründe – und darüber zu befinden hat, ob die Würdigung der tatsächlichen Gegebenheiten im Einzelfall das Vorliegen der erwähnten Voraussetzungen rechtfertigt.

III. Die Ersetzung der Einwilligung der Ehefrau des Vaters (Abs 2)

1. Voraussetzung ist, daß die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist 10 (S 1) und daß keine berechtigten Interessen der Ehefrau und der Familie der Ehelicherklärung entgegenstehen (S 2). Verfassungsrechtliche Bedenken aus Art 6 Abs 1 GG bestehen gegen diese Regelung nicht (so wohl auch die einhellige Meinung, s zB SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 1, 6; MünchKomm-HINZ Rz 4; Odersky Anm I 2 d).

2. Die Formulierung „Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft“ geht noch zurück 11 auf die Formulierung in §§ 48 Abs 1, 50 Abs 1 S 3 EheG aF (vgl auch die Formulierung der §§ 1361, 1567, 1672). Gemeint ist damit das tatsächliche nicht nur vorübergehende Getrenntleben in der Weise, daß mindestens ein Ehegatte die Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft ablehnt. Der Regelung des § 1727 Abs 2 S 1 liegt die Erwägung zugrunde, daß nach der Trennung der Ehegatten eine Beeinträchtigung der Familie des Mannes, des Vaters des nichtehelichen Kindes, nicht mehr in gleicher Weise zu befürchten ist, wie im Falle einer bestehenden häuslichen Gemeinschaft (vgl BayObLGZ 1974, 35, 38 = FamRZ 1974, 215 = DAVorm 1974, 379 = [gekürzt] NJW 1974, 1145; OLG Hamm FamRZ 1974, 606, 607 = Rpfleger 1974, 354; FamRZ 1975, 110 = StAZ 1975, 254 = ZblJugR 1975, 30; MünchKomm-HINZ § 1727 Rz 6).

In der in § 1567 idF des 1. EheRG enthaltenen Definition des Getrenntlebens ist 12 nunmehr zwar auch verlangt, daß ein Ehegatte die häusliche Gemeinschaft erkennbar nicht herstellen *will*, weil er die eheliche *Lebensgemeinschaft* ablehnt, wozu man wohl annehmen muß, daß die Unterlassung der Angleichung der Formulierung des § 1727 Abs 2 S 1 an die Regelung und die Voraussetzungen des § 1567 Abs 1 auf einem Redaktionsversehen beruht (so auch HINZ aaO). Indes hat der dargelegte Unterschied wohl hier kaum praktische Bedeutung (vgl dazu den vom OLG Stuttgart FamRZ 1980, 491 = Justiz 1980, 279 entschiedenen Fall).

- 13 3. Gemäß § 2 darf die Einwilligung nicht ersetzt werden, wenn **berechtigte Interessen** der Ehefrau und der Familie der Ehelicherklärung entgegenstehen (vgl auch die ähnliche Formulierung in der parallelen Regelung des § 1749 Abs 1 S 3 im Adoptionsrecht). Die Auslegung dieses Begriffs (eines unbestimmten Rechtsbegriffs) bereitet hier freilich Schwierigkeiten und hat Unklarheiten zur Folge, wobei zu berücksichtigen ist, daß Abs 2 in dem Falle, daß das *Kind* bereits *volljährig* ist (Beispiel: OLG Stuttgart aaO), auch anzuwenden ist (was in der bisherigen Diskussion über die Bedeutung des Abs 2 S 2 freilich nicht berücksichtigt ist). Es fragt sich, welche Interessen als berechtigte in Betracht kommen und welches Gewicht ihnen ggf beizumessen ist. Der Rechtsausschuß des Bundestags hatte hierzu keine Stellungnahme abgegeben (s oben Rz 3). BOSCH (FamRZ 1970, 497, 502) hatte die Erwartung ausgesprochen, die Rechtsprechung werde wohl dazu mitwirken, die gesetzliche Leerformel mit Inhalt zu erfüllen; GERNHUBER (§ 61 II 11) sprach noch 1979 von einer „diffusen Interessenabwägung“, die „letztlich Ausdruck einer schwankenden, prinzipienlosen Haltung“ sei, „die dem Richter aufbürdet, was der Gesetzgeber nicht zu entscheiden vermochte“; BEITZKE (FamRZ 1974, 553, 558 f) erörterte die in Betracht kommenden Auswirkungen der Ehelicherklärung und kam dann zu dem Schluß, entgegenstehende Interessen dürften in erster Linie ideelle sein, doch sei die Einwilligung zu ersetzen, wenn die Ehefrau sie *schikanös* verweigere; von *unsachlichen Gründen der Frau* sprachen ODESKY Anm III 4; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 3; OLG Hamm aaO; BayObLG aaO, s Rz 11).
- 14 In der Rechtsprechung der Jahre 1973/1974 wurden vor allem folgende Gesichtspunkte und Erwägungen herausgearbeitet: Berechtigte Interessen der Frau und der Familie (dh der des Ehemannes) seien grundsätzlich dann gegeben, wenn der Mann die häusliche Gemeinschaft gegen den Willen der Frau aufgehoben habe oder wenn er die häusliche Gemeinschaft wegen der Beziehungen zu einer anderen Frau verweigere und aus diesen Beziehungen ein Kind hervorgegangen sei, das er nun für ehelich erklären lassen wolle, also insbesondere wenn der Mann mit der anderen Frau in einem eheähnlichen Verhältnis lebe (OLG Frankfurt FamRZ 1973, 664; BayObLG und OLG Hamm aaO [s Rz 11]); die OLGe Frankfurt und Hamm (FamRZ 1974, 606, 607) hatten dazu auch hervorgehoben, § 1727 Abs 2 S 2 solle verhindern, daß ein Ehemann, der die Ehescheidung angesichts des § 48 Abs 2, 3 EheG nicht erreichen könne, die aus einer eheähnlichen Verbindung hervorgegangenen Kinder legitimieren und damit de facto den Bestand einer Zweitfamilie bestätigen könnte (s aber auch LG Mannheim FamRZ 1973, 666 m abl Anm BOSCH, zustimmend aber PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 3 – im Falle des Todes der Mutter –, vgl ferner OLG Hamm FamRZ 1975, 110). Das BayObLG (aaO) hatte noch darauf hingewiesen, es gehe um einen Eingriff in das innere Gefüge der Familie (s schon die Äußerung des Rechtsausschusses des BT, oben Rz 3), den nichtehelichen Kindern werde über die Regelung des NEhelG hinaus eine Rechtsstellung eingeräumt, durch welche die Rechte der Ehefrau und der ehelichen Kinder beeinträchtigt werden könnten, da das für ehelich erklärte Kind den Anspruch auf volles Erbrecht und auf einen erhöhten Unterhalt erlange (hierzu s auch schon BEITZKE aaO). Mit dieser Argumentation werden freilich nichteheliche Kinder praktisch zu Kindern minderen Rechts gestempelt!
- 15 In allen erwähnten Fällen hatten die Eheleute schon sehr lange Zeit getrennt gelebt (LG Mannheim: ca 16 Jahre, OLG Hamm: jeweils etwa 10–11 Jahre, OLG Frankfurt: mindestens 6 Jahre, BayObLG: offenbar über 10 Jahre). Aus den letzten Jahren – seit dem Inkrafttreten der Neuregelung des Scheidungsrechts durch das 1. EheRG – sind, abgesehen von dem Beschluß des OLG Stuttgart (s Rz 12; in diesem Falle war der Vater inzwischen verstorben, die Eheleute hatten etwa 17 Jahre getrennt gelebt), keine Entscheidungen mehr bekannt geworden.

Durch die Regelung des § 1568 Abs 2 ist insofern eine Veränderung der Situation eingetreten, als ein Widerspruch der Ehefrau gegen eine Scheidung (vgl zum früheren Recht § 48 Abs 2 EheG) jedenfalls nach Ablauf einer fünfjährigen Trennungszeit grundsätzlich, vorbehaltlich außergewöhnlicher Härtefälle (vgl BVerfGE 55, 135 = NJW 1981, 108 = FamRZ 1981, 15), unbeachtlich ist (s auch MünchKomm-HINZ Rz 11; offengelassen von OLG Stuttgart aaO). Das OLG Stuttgart hatte noch darauf hingewiesen, der Schutz der Ehe, der mit der Auslegung der §§ 1723, 1727 Abs 2 S 2 – eine Ehelicherklärung zu verhindern, wenn die Eltern des Kindes im Konkubinat leben (s § 1723 Rz 27 ff und oben Rz 14) – bezweckt werde, beziehe sich auf die konkret bestehende Ehe und Familie, nicht aber auf die abstrakte Idee dieser Institutionen; durch den Tod des Ehemannes sei somit dieser Schutzgedanke insofern obsolet geworden, als eine Ehe und ein konkreter Familienverband nicht mehr bestehe; die psychische Einstellung der Ehefrau, die aus psychologischer oder ethischer Sicht durchaus gerechtfertigt sein möge, reiche gegenüber der Gesamtsituation als berechtigtes Interesse nicht aus (mit Recht zustimmend PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 3 aE; BEITZKE § 32 II 1 a; wohl auch MünchKomm-HINZ Erg zu § 1727, 1981).

Nach der **jetzigen Rechtslage** (s Rz 16) ist davon auszugehen, daß, wenn die Eheleute länger als 5 Jahre getrennt leben, berechnete Interessen der Frau und der Familie (dh der ehelichen Kinder) grundsätzlich nicht mehr anzuerkennen sind (ebenso GERNHUBER § 61 II 11); materielle Interessen kommen ebenfalls nur noch in besonderen Ausnahmefällen zum Zuge (Unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche – wobei auch zu beachten ist, daß der Vater ja wohl häufig letztwillige Verfügungen treffen wird –); gemäß § 1618 Abs 1 S 1 kann der Vater dem Kinde seinen Familiennamen erteilen, wozu die Einwilligung seiner Ehefrau nicht erforderlich ist – freilich bestehen hiergegen verfassungsrechtliche Bedenken, so mit Recht WINKLER VON MOHRENFELS FamRZ 1983, 546 – (zu alledem s GERNHUBER aaO und BEITZKE aaO, s Rz 13).

4. Mit dem Wort „**kann**“ in Abs 2 S 1 ermächtigt das Gesetz den Richter nicht zur Ausübung eines *Ermessens* (so richtig OLG Stuttgart FamRZ 1980, 491 = Justiz 1980, 279; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 4; SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 2; offengelassen von OLG Frankfurt FamRZ 1973, 664 und OLG Hamm FamRZ 1974, 606, 607; anders BEITZKE FamRZ 1974, 553, 558; MünchKomm-HINZ Rz 5). Vielmehr ist damit dem Gericht eine *Befugnis* eingeräumt, die es vor dem Inkrafttreten des NEheLG nicht hatte. Dieser Auslegung des Begriffs „kann“ steht nicht entgegen, daß in Abs 1 gesagt ist „das VormG *hat* . . . zu ersetzen“; die unterschiedliche Formulierung des Abs 1 und des Abs 2 beruht lediglich auf mangelnder Sorgfalt des Gesetzgebers (zur Verwendung des Wortes „kann“ in der früheren Fassung s BÖCKELMANN in der Voraufl Rz 8). Es wäre auch sinnwidrig, wenn in Abs 2 eine Ermessensermächtigung enthalten wäre, in Abs 1 dagegen nicht. Weiterhin bliebe für eine sachgerechte Ermessensausübung praktisch kein Raum, da bereits im Rahmen der Interessenabwägung die Sachlage umfassend zu würdigen ist (so auch OLG Stuttgart aaO). Das Gericht dürfte keinesfalls nach seinem Ermessen die Ersetzung aussprechen, wenn die Voraussetzungen nicht gegeben sind, oder umgekehrt die Ersetzung ablehnen, obwohl die Voraussetzungen für eine Ersetzung vorlägen.

IV. Verfahrensfragen

1. Den **Antrag** nach Abs 1 kann nur das Kind stellen, nicht der Vater (LG Hamburg DAVorm 1982, 693); für Abs 2 gilt dasselbe.

Das Kind wird idR vom Pfleger (§§ 1706 Nr 1, 1709) vertreten; hat es das 14. Lebensjahr vollendet, so ist § 1729 entsprechend anzuwenden (ebenso MünchKomm-

HINZ Rz 13; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 4; ERMAN-HOLZHAUER Rz 4). § 59 FGG betrifft nur die Beschwerdeeinlegung.

Der Antrag kann noch nach dem Tode des Vaters (§ 1733 Abs 2) gestellt werden (s auch dort Rz 8).

20 2. Örtlich **zuständig** ist das VormG, in dessen Bezirk das Kind seinen Wohnsitz bzw Aufenthalt hat (§§ 43, 36 FGG), ggf bei dem die Pflegschaft (Amtspflegschaft) anhängig ist (§ 43 Abs 2); § 43 a FGG ist hier nicht anzuwenden (ebenso KEIDEL-KUNTZE § 43 a Rz 11; JANSEN § 43 a Rz 3), so daß für das Verfahren des § 1727 häufig ein anderes Gericht zuständig sein wird als für das Ehelicherklärungsverfahren. Dies allein ist indes noch kein Grund zur Abgabe des Verfahrens des § 1727 (JANSEN aaO).

21 3. Das Verfahren ist ein **Antragsverfahren** der freiwilligen Gerichtsbarkeit; **beteiligt** sind stets das Kind als Antragsteller und der Vater (als durch die Entscheidung betroffen), sowie die Mutter im Verfahren gemäß § 1727 Abs 1, die Ehefrau des Vaters im Verfahren des § 1727 Abs 2.

Diese Personen sind im Verfahren zu hören (**rechtliches Gehör**).

22 4. Die nötigen **Ermittlungen** hat das VormG gemäß § 12 FGG von Amts wegen vorzunehmen. Zu hören ist das Jugendamt (§ 48 a Abs 1 Nr 9 JWG).

23 5. Wird die Einwilligung ersetzt, so wird der Beschluß erst mit der formellen Rechtskraft wirksam (§§ 53 Abs 1 S 2, 60 Abs 1 Nr 6 FGG), sofern nicht ausnahmsweise gemäß § 53 Abs 2 FGG die sofortige Wirksamkeit angeordnet wird. Zu § 55 Abs 2 FGG s § 1723 Rz 48.

24 6. Gegen die ablehnende Entscheidung findet die einfache Beschwerde statt (§ 19 FGG), die nur dem Kind zusteht (§ 20 Abs 2 FGG), wobei ggf § 59 Abs 1 FGG anzuwenden ist.

Wird die Einwilligung ersetzt, so steht hiergegen der Mutter (§ 1727 Abs 1) bzw der Ehefrau des Vaters (§ 1727 Abs 2) die sofortige Beschwerde zu (§§ 20 Abs 1, 60 Abs 1 Nr 6 FGG).

25 7. Das Verfahren ist gerichtsgebührenfrei (§§ 1, 91 HS 2 KostO).

§ 1728

Der Antrag auf Ehelicherklärung kann nicht durch einen Vertreter gestellt, die Einwilligung der Mutter und des Kindes und der Ehefrau des Vaters nicht durch einen Vertreter erteilt werden.

Ist der Vater in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er zu dem Antrag, außer der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Ist die Mutter des Kindes oder die Ehefrau des Vaters in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist zur Erteilung ihrer Einwilligung die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich.

E I §§ 1588, 1589 Abs 2 S 2; II § 1614; III § 1704; Mot IV 942; Prot IV 710; NEhelG Art 1 Nr 32.

Systematische Übersicht

I. Zur Textgestaltung 1

2. Zustimmung des gesetzlichen Vertreters 8

II. Grundsätzliches, Abs 1

1. Höchstpersönliche Erklärungen 2

3. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung

2. Ausschluß einer Vertretung, Konsequenzen 3

a) Unanwendbarkeit des § 1831 11

b) Zuständigkeit des VormG ua 12

4. Rücknahme des Antrags auf Ehelicherklärung 15

III. Der beschränkt geschäftsfähige Vater (Abs 2)

1. Grundsätzliches 5

IV. Mutter und Ehefrau (Abs 3) 16

I. Zur Textgestaltung

1

§ 1728 wurde durch das NEhelG geändert: Abs 1 entspricht dem Sinne nach der seitherigen Regelung; der frühere Abs 2 wurde nun aber in § 1729 in geänderter Fassung eingefügt. Dagegen wurden die früheren Vorschriften des § 1729 Abs 1 und 3 in § 1728 Abs 2 und 3 übernommen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wurden die Erklärungen des Kindes und der anderen Personen in getrennten Vorschriften behandelt (RegE BT-Drucks V/2370, 73; JANSEN-KNÖPFEL 307).

II. Grundsätzliches, Abs 1

1. Der Antrag des Vaters (s § 1723 Rz 10 f) und die Einwilligungserklärungen der Mutter und der Ehefrau des Vaters (s § 1726 Rz 3, 11 f) sowie auch des Kindes (s § 1729 Rz 3 ff) sind **höchstpersönliche Erklärungen**, die keine Vertretung zulassen. Dies wäre auch für eine Vertretung in der Erklärung (s dazu auch VoraufI § 1728 Rz 2) anzunehmen (s JANSEN FGG § 56 a Rz 2); indes ist die Existenz einer solchen Rechtsfigur abzulehnen (s § 1595 Rz 2). § 1728 Abs 1 schließt jede auf Gesetz oder Vollmacht beruhende Stellvertretung aus (selbstverständlich mit Besonderheiten, wenn das Kind geschäftsunfähig ist, s § 1729 S 1, dort Rz 4). Zulässig ist nur die Übermittlung des beurkundeten Antrags (§§ 1723, 1730) oder der beurkundeten Einwilligung (s zur Beurkundung § 1730, und dort Rz 6) durch einen anderen, zB die Urkundsperson (s auch § 1733 Abs 2 und dort Rz 7) oder einen Rechtsanwalt (vgl GÖPPINGER FamRZ 1962, 542). Der Übermittler ist nicht Vertreter, sondern Bote. Ein Rechtsnachfolge ist ausgeschlossen (s § 1723 Rz 45, § 1733 Rz 20).

2. Der Ausschluß der Vertretung hat folgende Konsequenzen:

3

Die Ehelicherklärung scheidet aus, wenn der Vater geschäftsunfähig ist (§ 104). Denn weder er selbst noch sein gesetzlicher Vertreter könnte wirksam den erforderlichen Antrag stellen (wie ja auch eine Legitimation gemäß § 1719 nicht möglich wäre, da der Vater die Mutter nicht heiraten könnte, s § 2 EheG, dazu § 1719 Rz 20, sowie zum vorliegenden Falle § 1735 Rz 7).

Bei Geschäftsunfähigkeit der *Mutter des Kindes* oder der *Ehefrau des Vaters* ist die Ehelicherklärung nur dann unmöglich, wenn nicht die Vorschrift des § 1726 Abs 3 eingreift (s dort Rz 17 ff).

4

Nicht schlechthin ausgeschlossen ist die Ehelicherklärung, wenn der Vater erst *nach Antragstellung geschäftsunfähig* wird (s darüber § 1733 Rz 15, 17). Im Falle nachträglicher Geschäftsunfähigkeit des Kindes, der Mutter des Kindes oder der Ehefrau des Vaters ergibt sich die Weiterwirkung der abgegebenen Einwilligungserklärung aus den allgemeinen Vorschriften des § 130 Abs 2 und 3 (vgl hinsichtlich des Kindes § 1733 Rz 15 f).

III. Der beschränkt geschäftsfähige Vater (Abs 2)

- 5 1. Er bedarf zu dem Antrag (§ 1723) der **Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters** (s Rz 8) und der **Genehmigung des VormG** (s Rz 11 ff) – zum Vergleich: Zur Anerkennung der Vaterschaft ist nur die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich, jedoch keine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, s § 1600 d Rz 6; andererseits bedarf er zur Eheschließung – durch die etwa ein nichteheliches Kind legitimiert werden soll – der Befreiung vom Erfordernis der Ehemündigkeit durch das VormG (§ 1 Abs 2 EheG), was der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gemäß § 1728 Abs 2 etwa gleichzuachten ist –.
- 6 Die Regelung des § 1728 Abs 2, wonach auch ein beschränkt geschäftsfähiger Mann die Ehelicherklärung soll erwirken können, ist freilich wenig sinnvoll, da sie kaum jemals dem Wohl des (minderjährigen) Kindes entsprechen wird. Der Hauptzweck der Ehelicherklärung ist die Erlangung der elterlichen Sorge durch den Vater. Gerade dies scheidet hier aus, denn die elterliche Sorge ruht (§ 1673 Abs 2); daher bedürfte das Kind eines Vormunds (§ 1773). Die Vormundschaft müßte gleichzeitig angeordnet werden (§ 1774) oder es müßte gleichzeitig eine Anordnung gemäß § 1738 Abs 2 ergehen (s dazu § 1738 Rz 15).

Ist der Vater noch minderjährig, so wäre ihm ein Zuwarten bis zum Eintritt der Volljährigkeit (§ 2) zuzumuten (zur Möglichkeit, ein Testament zu errichten, s §§ 2229 Abs 1, 2233 Abs 1, 2247 Abs 4). Ist das Kind schon volljährig oder nahezu volljährig und wurde der Vater wegen Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht oder Rauschgiftsucht entmündigt (§ 114), so wäre für die Zulassung der Ehelicherklärung in solchen Fällen schwerlich ein praktisches Bedürfnis zu bejahen (eine letztwillige Verfügung scheidet hier aus, § 2229 Abs 4).

Die Ehelicherklärung in all diesen Fällen der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Vaters würde nur bedeuten, daß die nichteheliche Geburt des Kindes verdeckt würde und daß das Kind den (unglücklichen) Vorschriften der §§ 1934 a ff (s auch Vorbem 56 zu § 1705) entgehen könnte (s Vorbem 46 zu § 1705).

- 7 Wichtig ist, daß die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung **zu dem Antrag** erforderlich sind; der Antrag wird nicht vom gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des VormG gestellt (anders als zB im Falle des § 607 ZPO der Scheidungsantrag an das FamG). Die Formulierung des § 1728 Abs 2 kann nicht dahin verstanden werden, als müßten die Erklärung des gesetzlichen Vertreters und die Genehmigung des VormG dem Antrag beigefügt werden; vielmehr muß es genügen, daß sie auch noch nach Antragstellung nachgeholt werden, wenn freilich es zweckmäßig sein dürfte, sie vor der Antragstellung einzuholen (s hierzu auch unten Rz 11). Solange aber die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und die Genehmigung des VormG nicht vorliegen, ist der Antrag als nicht zulässig zu beurteilen.
- 8 2. Die Zustimmung obliegt dem *gesetzlichen Vertreter*, dem die Sorge für die Person mit dem Vertretungsrecht zusteht (§§ 1626 Abs 1, 1629 Abs 1). Ist der Vater selbst nichtehelich geboren, so hat die Mutter (§ 1705) die gesetzliche Vertretung inne, nicht etwa, soweit die Pflegschaft gemäß § 1706 Nr 1 noch besteht, der Pfleger (s § 1706 Rz 37), wohl aber ggf ein Ergänzungspfleger (§ 1909) oder ein Vormund (§ 1773).
- Die Zustimmung bedarf nicht der Form des § 1730 (vgl § 182 Abs 2), auch nicht der öffentlichen Beglaubigung der Unterschrift.
- 9 Sie kann gegenüber dem Vater (vor der Antragstellung) oder dem VormG (nach der Antragstellung) erklärt werden (vgl § 182 Abs 1). Ist sie dem VormG zugegangen oder gegenüber diesem erklärt, so ist sie damit wirksam (vgl § 130 Abs 1, 3) und nicht mehr widerruflich.

Verweigert der gesetzliche Vertreter (Vater oder Mutter) die Zustimmung, so kann sie vom VormG nicht ersetzt werden; eine Anordnung gemäß § 1666 Abs 2 könnte nur in besonderen Fällen, wenn die Voraussetzungen des § 1666 Abs 1 vorlägen, getroffen werden. Ist gesetzlicher Vertreter ein Vormund oder Pfleger, so könnte das VormG dessen Zustimmung nicht ersetzen (s KG JFG 7, 80). Evtl könnte das VormG gemäß § 1837 (ggf iVm § 1915) eine Anweisung erlassen, die Zustimmung zu erteilen (vgl OLG Bremen OLGZ 1966, 455) oder bei Gefährdung des Interesses des Kindes die Entlassung aussprechen (§ 1886 ggf iVm § 1915).

3. a) Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist zu dem Antrag des in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Vaters erforderlich (s schon Rz 6), also nicht zu einem einseitigen Rechtsgeschäft des gesetzlichen Vertreters (hierauf wies auch MünchKomm-HINZ § 1728 Rz 6 hin; doch wird dies zumeist übersehen). Daher ist § 1831 hier nicht anzuwenden (ebenso HINZ aaO; GERNHUBER § 61 II 8 Fn 22; anders BÖKELMANN in der VoraufI § 1729 Rz 12 iVm § 1728 Rz 14; JANSEN, FGG § 56 a Rz 2; ERMAN-HOLZHAUER § 1728 Rz 2; PALANDT-DIEDERICHSEN § 1728 Anm 2). Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung kann also noch bis zur Entscheidung über den Antrag auf Ehelicherklärung nachgebracht werden (vgl übrigens auch zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zur Ehelichkeitsanfechtung BGH MDR 1966, 745 = FamRZ 1966, 504, und § 1595 Rz 7).

b) Die örtliche **Zuständigkeit** des VormG bestimmt sich nach §§ 43, 36 FGG, nicht nach § 43 a FGG (ebenso JANSEN, FGG § 56 a Rz 2); funktionell zuständig ist der Richter (§ 14 Nr 3 e RPflG bzw zum württembergischen Rechtsgebiet des Landes Baden-Württ § 37 Abs 1 Nr 17 LFGG). Bei der Entscheidung hat das VormG zu prüfen, ob der Antrag im Interesse des Vaters und seiner Familie liegt; es ist also nicht in eine Gesamtwürdigung der für die Ehelicherklärung maßgebenden Umstände einzutreten (ebenso BÖKELMANN in der VoraufI § 1729 Rz 11; ERMAN-HOLZHAUER § 1728 Rz 2).

Die Verfügung des VormG wird wirksam mit der **Bekanntmachung** an den Vater (§ 16 Abs 1 FGG). Ist sie dem für das Ehelicherklärungsverfahren zuständigen VormG mitgeteilt, so ist sie nicht mehr abänderbar (§ 55 Abs 1 FGG).

Gegen die Ablehnung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung steht dem Vater die einfache Beschwerde (§§ 19, 20 FGG) zu, ggf die weitere Beschwerde (§ 27 FGG).

4. Da Antragstellung und Antragsrücknahme im Antragsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gleichwertige Dispositionsakte sind, ist hinsichtlich der **Rücknahme des Antrags** auf Ehelicherklärung – s hierzu § 1723 Rz 15 – § 1728 Abs 2 ebenfalls anzuwenden, dh die Rücknahme bedarf der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (ebenso ODESKY § 1723 Anm II 2; GERNHUBER § 61 II 13; BEITZKE § 32 II 1 c; PIKART-HENN 241). Zur Form der Erklärung s § 1730 Rz 1, 3, 6.

IV. Mutter und Ehefrau (Abs 3)

16

Diese Vorschrift sieht Erleichterungen für die Mutter des Kindes und die Ehefrau des Vaters vor; das Gesetz mißt deren Erklärungen geringere Bedeutung bei als denen des Vaters und des Kindes. Die Mutter des Kindes und die Ehefrau des Vaters können, wenn sie in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, die erforderliche Zustimmung ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters selbst erklären (selbstverständlich auch ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung). Hier bestätigt sich, daß Antrag des Vaters und Einwilligung des Kindes eben die eigentliche Grundlage für die Ehelicherklärung bilden (s § 1726 Rz 2).

§ 1729

Für ein Kind, das geschäftsunfähig oder noch nicht vierzehn Jahre alt ist, kann nur sein gesetzlicher Vertreter die Einwilligung erteilen. Im übrigen kann das Kind die Einwilligung nur selbst erteilen; es bedarf hierzu, falls es in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

NEhelG Art 1 Nr 32; AdoptG Art 1 Nr 2 b

1 I. Zur Textgestaltung

Hierzu s § 1728 Rz 1; § 1729 Abs 2 wurde durch das AdoptG (Art 1 Nr 2 b) gestrichen (er besagte: „Das Vormundschaftsgericht kann mit dem Kinde, welches das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, persönlich Fühlung nehmen.“), s jetzt § 55 c FGG (eingefügt durch SorgeRG Art 5 Nr 4).

- 2 Die früher erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung (§§ 1728 Abs 2, 1729 Abs 2) wurde auf Grund der Erwägung gestrichen, das VormG dürfe die Ehehlicherklärung gemäß § 1723 ohnehin nur aussprechen, wenn sie dem Wohle des Kindes entspreche (s BT-Drucks V/2370, 73; JANSEN-KNÖPFEL 307).

II. Die Einwilligung des Kindes

- 3 1. Gemäß § 1726 Abs 1 S 1 ist die Einwilligung des Kindes erforderlich (zu deren Bedeutung s auch dort Rz 2). § 1729 ergänzt die Vorschrift des § 1726 und regelt das Nähere über die Erklärung der Einwilligung, da das Kind ja zumeist noch Kleinkind ist.
Das Gesetz unterscheidet **drei Altersstufen**: bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres, danach bis zur Volljährigkeit und sodann bei voller Geschäftsfähigkeit.
- 4 2. Hat das Kind das 7. Lebensjahr noch nicht vollendet, ist es also geschäftsunfähig, oder hat es das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet (vgl auch § 1600 d Abs 2 S 1, § 1746 Abs 1 S 2 – andererseits aber § 1600 k Abs 1 S 2 –), so kann nur der gesetzliche Vertreter namens des Kindes die Einwilligung erteilen (zur Form s § 1730) – zu der entsprechenden Regelung des § 1740 c s dort Rz 1 –.
- 5 Gesetzlicher Vertreter ist regelmäßig der Amtspfleger (§§ 1709, 1706 Nr 1), evtl ein vom VormG vor der Geburt bestellter Pfleger (§ 1708), unter den Voraussetzungen des § 1707 Nr 1 oder 2 die Mutter (§ 1705), evtl der Vormund (s § 1705 Rz 21 f).
- 6 Ist die Mutter gesetzliche Vertreterin des minderjährigen Kindes, so ist trotzdem auch ihre eigene Zustimmung erforderlich (§ 1726 Abs 1 S 1).
- 7 Die Mutter ist an der Erteilung der Einwilligung namens des Kindes nicht verhindert, da es sich um Parallelerklärungen handelt (ebenso MünchKomm-Hinz Rz 2; GERNHUBER § 61 II 9 Fn 1; s ferner noch LG Berlin FamRZ 1984, 92, 97 f). §§ 181, 1795 sind hier nicht anzuwenden. Jedoch kann im Einzelfall eine Interessenkollision zwischen Mutter und Kind vorliegen (§ 1796), so daß das VormG ihr die gesetzliche Vertretung insoweit entziehen (§ 1629 Abs 2 S 3 analog, s § 1705 Rz 11) und für das Kind einen Ergänzungspfleger (§ 1909) bestellen muß.
- 8 3. Das minderjährige Kind, welches das 14. Lebensjahr vollendet hat, kann nach S 2 die Einwilligung nur selbst erteilen, da diese eine höchstpersönliche Erklärung darstellt (vgl auch § 1600 d Abs 2 S 2, § 1746 Abs 1 S 3); jedoch ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich (zur gesetzlichen Vertretung s oben Rz 5).
- 9 Die Zustimmung ist dem VormG gegenüber zu erklären (vgl § 182 Abs 1), damit ist sie wirksam und nicht mehr widerruflich (s § 130 Abs 1, 3).

Sie bedarf nicht der notariellen Beurkundung, § 1730 ist hier nicht anzuwenden (s § 1730 Rz 3). Auch eine öffentliche Beglaubigung (§ 129) ist nicht vorgeschrieben (vgl andererseits zur Vaterschaftsanerkennung § 1600 e Abs 1 S 2, hierzu dort Rz 11); sie ist hier nicht erforderlich, da das VormG vor der Ehelicherklärung die Wirksamkeit der Einwilligung des Kindes und damit auch die Wirksamkeit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu prüfen hat (s dazu auch § 1726 Rz 11 f).

Wird bei der Ehelicherklärung ein Mangel vom Gericht übersehen, so ist diese dennoch wirksam (§ 1735, s dort Rz 7 f; vgl andererseits zur Vaterschaftsanerkennung § 1600 f Rz 20).

Verweigert der gesetzliche Vertreter die Zustimmung, so kann sie nicht ersetzt werden (s dazu auch § 1728 Rz 10). Ist die Mutter gesetzliche Vertreterin des Kindes, so könnte evtl unter den Voraussetzungen des § 1707 S 3 (s dazu dort Rz 31 ff) die elterliche Sorge der Mutter eingeschränkt und das Jugendamt zum Pfleger mit diesem Wirkungskreis bestellt werden (s auch § 1707 Rz 38).

Ist ein Einzelmund oder Einzelpfleger gesetzlicher Vertreter, so kommt evtl eine Anweisung zur Zustimmung (§ 1837 Abs 1, ggf iVm § 1915) oder die Entlassung (§ 1886 ggf iVm § 1915, s § 1728 Rz 10) in Betracht.

4. Ist das nichteheliche Kind volljährig und vollgeschäftsfähig (s dazu auch § 1723 Rz 16), so hat es allein über die Einwilligung zu befinden; die Einwilligung der Mutter ist nicht mehr erforderlich (§ 1726 Abs 1 S 1).

§ 1730

Der Antrag sowie die Einwilligungserklärung der im § 1726 bezeichneten Personen bedarf der notariellen Beurkundung.

E I § 1591 Satz 1; II § 1616 Satz 1; III § 1706; Mot IV 944; Prot IV 711

I. Allgemeines

1

Die Vorschrift soll sicherstellen, daß die Beteiligten bei ihren Erklärungen, der Antragstellung (§ 1723) und den Einwilligungen (§§ 1726 Abs 1, 1728 Abs 1, 1729), in ausreichender Weise über die Bedeutung und die Rechtswirkungen der Ehelicherklärung belehrt und beraten werden (s zur Belehrungspflicht des Notars § 17 BeurkG), sowie daß sie damit zur Überlegung darüber angeregt und veranlaßt werden, ob sie die betreffenden Erklärungen abgeben wollen; schließlich ist durch die Beurkundung auch die Identität der betreffenden Person, welche die Erklärung abgibt, festgestellt. Zu den parallelen Vorschriften im Adoptionsrecht s §§ 1752 Abs 2 S 2, 1750 Abs 1 S 2 (s auch § 1723 Rz 12, krit freilich GERNHUBER § 62 IV 4, V 7; s ferner MünchKomm-LÜDERITZ § 1750 Rz 3, § 1752 Rz 2).

Gerade der Umstand, daß Antrag und Einwilligungserklärungen dieser Form bedürfen, weist übrigens auch darauf hin (s ferner § 1723 Rz 11), daß Antrag und Einwilligungserklärungen (ebenfalls) rechtsgeschäftliche Erklärungen sind, nicht lediglich Verfahrenshandlungen (s § 1723 Rz 10 ff, § 1726 Rz 14 ff).

II. Einzelfragen zur Beurkundung

1. Der Beurkundung bedürfen **nur der Antrag** (§ 1723) und die **Einwilligungserklärung des Kindes**, dh, wenn es das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, die Erklärung des gesetzlichen Vertreters (§ 1726 Abs 1, § 1729 S 1, s § 1729 Rz 4 ff), wenn das Kind das 14. Lebensjahr vollendet hat oder schon volljährig ist, dieses

selbst (s § 1729 Rz 8, 14), sowie die Einwilligungserklärungen der **Mutter** (§ 1726 Abs 1) und ggf der **Ehefrau des Vaters** (§ 1726 Abs 1), dagegen **nicht** die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Kindes, welches das 14. Lebensjahr vollendet hat (§ 1729 S 2 HS 2, s auch dort Rz 8 ff) und ebenso nicht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des beschränkt geschäftsfähigen Vaters (§ 1728 Abs 2, s dort Rz 5 ff); das letztere ergibt sich aus § 182 Abs 2 und ist allg Meinung (s schon Mot IV 945, sowie zB PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1; MünchKomm-HINZ Rz 2; ERMAN-HOLZHAUER Rz 1).

- 4 Ferner unterliegt der Antrag auf Ersetzung der Einwilligung der Mutter (§ 1727 Abs 1) und der Einwilligung der Ehefrau des Vaters (§ 1727 Abs 2) nicht der Formvorschrift des § 1730.
- 5 2. Indes muß auch die Rücknahme des Antrags auf Ehelicherklärung (s § 1723 Rz 15) der gleichen Form wie der Antrag selbst unterworfen werden (s dazu § 1728 Rz 15, sowie GERNHUBER § 61 II 13).
- 6 3. Für die Beurkundungen zuständig ist der Notar (s § 20 Abs 1 S 1 BNotO), dh nur dieser (im Ausland ggf freilich ein deutscher Berufskonsul, s §§ 2, 10 KonsG), also nicht zB die Rechtspfleger der Amtsgerichte (vgl zu deren Zuständigkeit und Befugnissen § 62 BeurkG).

Zur Niederschrift des Notars s §§ 8 ff BeurkG; zur Ausfertigung der Urkunde s § 1726 Rz 12.

§ 1731

Aufgehoben durch NEhelG Art 1 Nr 33.

§ 1732

Aufgehoben durch FamRÄndG v 12. 4. 1938, RGBl I 380, § 22 (Näheres hierzu s Vorauf!).

§ 1733

Die Ehelicherklärung kann nicht nach dem Tode des Kindes erfolgen.

Nach dem Tode des Vaters ist die Ehelicherklärung nur zulässig, wenn der Vater den Antrag beim Vormundschaftsgericht eingereicht oder bei oder nach der Beurkundung des Antrags den Notar mit der Einreichung betraut hat.

Die nach dem Tode des Vaters erfolgte Ehelicherklärung hat die gleiche Wirkung, wie wenn sie vor dem Tode des Vaters erfolgt wäre.

E I § 1595; II § 1619; III § 1709; Mot IV 946; Prot IV 706, 711; FamRÄndG 1961 Art 1 Nr 15; NEhelG Art 1 Nr 29; BeurkG § 56 Abs 2 Nr 1

I. Zur Textgestaltung und Allgemeines

- 1 1. Durch das FamRÄndG 1961 wurde in Angleichung an § 1723 Abs 2 dahin geändert, daß statt den Worten „bei der Behörde“ gesetzt wurde „beim Vormundschaftsgericht“. Das NEhelG ersetzte den Begriff „Ehelicheitserklärung“ durch „Ehelicherklärung“ (s dazu auch Vorbem 18 zu § 1719). Das BeurkG hat in Abs 2 (vor den Worten: den Notar) die Worte „das Gericht oder“ gestrichen.

2. Allgemeines

§ 1733 regelt, welchen Einfluß der *Tod des Kindes oder des Vaters* auf die Zulässigkeit der Ehelicherklärung hat.

Grundgedanke der Vorschrift ist, daß der Tod eines der beiden Hauptbeteiligten der Ehelicherklärung entgegensteht, weil die *Begründung des beabsichtigten persönlichen Verhältnisses* wegen Fehlens des erforderlichen Subjekts nicht mehr möglich ist und eine Rückwirkung der Legitimation vom Gesetz nicht vorgesehen ist (Mot IV 946). Dieser Grundgedanke ist hinsichtlich des Kindes in § 1733 Abs 1 voll verwirklicht. Der Tod des Kindes hindert die Ehelicherklärung immer. Bezüglich des Vaters werden jedoch in § 1733 Abs 2 und 3 Einschränkungen gemacht; trotz seines Todes ist die Ehelicherklärung – ausnahmsweise mit rückwirkender Kraft – dann zulässig, wenn noch zu seinen Lebzeiten bestimmte Schritte unternommen wurden.

Der Tod der Mutter des Kindes oder der Ehefrau des Vaters hindert die Ehelicherklärung nie.

II. Tod des Kindes

1. Das Kind muß nicht nur in die Ehelicherklärung einwilligen (§ 1726 Abs 1), sondern es muß nach § 1733 Abs 1 auch den Zeitpunkt, in dem die Ehelicherklärung wirksam wird (s § 1723 Rz 50), noch erleben (vgl zur Adoption auch § 1753 Abs 1). Nach seinem Tode kann die Ehelicherklärung nicht mehr erfolgen, auch nicht zugunsten seiner Abkömmlinge. Hierin liegt eine Abweichung von der Regelung, die für die Legitimation durch nachfolgende Ehe getroffen ist; § 1722 sieht vor, daß die Legitimationswirkungen wenigstens für die Abkömmlinge des Kindes eintreten, wenn das Kind vor der Eheschließung gestorben ist (s § 1722 Rz 2). Hierzu ist zu beachten, daß die Ehelicherklärung als *künstliche Legitimation* eben nicht mit den Maßstäben der Legitimation durch nachfolgende Ehe gemessen werden darf (so zutreffend GERNHUBER § 61 II 12). Kritik üben an dieser Regelung jedoch BEITZKE § 32 II 2; MünchKomm-HINZ § 1733 Rz 2; ERMAN-HOLZHAUER § 1733 Rz 1.

Freilich sind die Regelungen des § 1733 Abs 1 und 2, 3 insofern nicht widerspruchsfrei (s auch HINZ aaO Rz 1), als das eigentliche Ziel der Ehelicherklärung, die Erlangung der elterlichen Sorge durch den Vater, das Erlöschen der elterlichen Sorge der Mutter, die Zuordnung des Kindes zum Vater, also eine enge persönliche Bindung zwischen Vater und Kind (s Rz 2) – hierin sollte ja das Schergewicht der Ehelicherklärung liegen (s Vorbem 48 zu § 1705, § 1723 Rz 24 f) – nicht mehr erreichbar ist (s auch Rz 13 f). Die Ehelicherklärung wirkt sich nach dem Tode des Vaters praktisch vor allem im Namensrecht und im Erbrecht (§ 1924) aus, da dem nichtehelichen Kinde nach dem Tode des Vaters nur ein Erbersatzanspruch zusteht (§§ 1934 a ff). Den für die Schaffung des § 1733 maßgebenden Erwägungen (s Rz 6) kann heutzutage keine Bedeutung mehr beigemessen werden, insbesondere da von einem Makel der nichtehelichen Geburt nicht mehr gesprochen werden kann. Im übrigen zeigen die Probleme, die sich aus der Regelung des § 1733 Abs 3 ergeben (s unten Rz 12 ff), wie wenig durchdacht die Übernahme dieser Regelung in das neue ab 1. 7. 1970 geltende Nichtehelichenrecht ist, welche Mängel das Institut der Ehelicherklärung aufweist.

Bemerkenswert sind schließlich noch die außergewöhnlichen Besonderheiten gemäß § 1733 Abs 2 in verfahrensrechtlicher Hinsicht (s dazu § 1723 Rz 45, sowie Vorbem 3 zu § 1723 und unten Rz 17).

2. Stirbt das Kind während des Verfahrens, so erledigt sich dieses in der Hauptsache (JANSEN, FGG § 56 a Rz 4; KEIDEL-KUNTZE FGG § 56 a Rz 11).

- 5 3. Eine entgegen § 1733 Abs 1 ausgesprochene Ehelicherklärung ist *unwirksam* (ebenso MünchKomm-HINZ Rz 2; SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 1; GERNHUBER § 61 II 12; JANSEN, FGG § 56 a Rz 20; DÖLLE II § 111 IV 1). ZT wird angenommen, § 1735 sei hier anzuwenden (so BEITZKE § 321 II 1 e; ERMAN-HOLZHAUER Rz 1; PIKART-HENN 243); dieser Auffassung kann jedoch angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts („kann nicht“ wie in § 1724) nicht zugestimmt werden. Sie wird auch dem Grundgedanken der Vorschrift nicht gerecht (s oben Rz 2).

III. Tod des Vaters

- 6 1. Nach dem E I sollte die Ehelicherklärung nach dem Tode des Vaters ebenso ausgeschlossen sein, wie nach dem Tode des Kindes (s Mot IV 938, 946). Abweichend hiervon läßt § 1733 Abs 2, der auf einem Beschluß der zweiten Kommission beruht (zur Formulierung s noch Rz 1), die Ehelicherklärung nach dem Tode des Vaters unter der Voraussetzung zu, daß der Vater entweder den Antrag auf Ehelicherklärung gestellt oder den Notar (aF: das Gericht oder den Notar – s Rz 1 –) bei oder nach der Beurkundung des Antrags mit der Einreichung betraut hat. Für die zweite Kommission war die Überlegung maßgebend, dem Kind den Makel der unehelichen Geburt zu nehmen und ihm das Recht zu geben, den Namen des Vaters zu führen, und daß es für diesen Zweck gleichgültig sei, ob der Vater die beantragte Ehelicherklärung noch erlebe (Prot IV 707).
- 7 2. Die Beurkundung des Antrags (§ 1730) allein genügt für die Zulässigkeit der Ehelicherklärung noch nicht. Der Vater muß vielmehr bereits einen der in Abs 2 genannten weiteren Schritte unternommen haben (vgl auch die parallele Vorschrift im Adoptionsrecht, § 1753 Abs 2, s § 1723 Rz 12), um die gerichtliche Entscheidung herbeizuführen (Beispiel: OLG Stuttgart FamRZ 1980, 491). Der Notar braucht allerdings nicht ausdrücklich mit der Einreichung betraut zu sein, es genügt wie auch sonst im Rechtsleben schlüssiges Verhalten (vgl JANSEN Rz 8; KEIDEL-KUNTZE Rz 9; BASSENGE Anm 3 je zu § 43 a FGG; MünchKomm-HINZ Rz 3; aM PLANCK-UNZNER Anm 2). Ein eigenes Einreichungsrecht hat der Notar nicht (ebenso HINZ aaO; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2). Unschädlich ist die Einreichung bei einem örtlich unzuständigen VormG (ebenso JANSEN Rz 6; KUNTZE Rz 8 je aaO; BASSENGE aaO).
- Zu weiteren verfahrensrechtlichen Fragen s § 1723 Rz 41 ff.
- 8 Alle übrigen zur Ehelicherklärung erforderlichen Erklärungen (§ 1726 Abs 1) können unter der Voraussetzung des § 1733 Abs 2 nach dem Tode des Vaters nachgeholt werden, auch die der Witwe des Vaters (s § 1726 Rz 3); diese Erklärungen sind dem VormG gegenüber abzugeben (§ 1726 Abs 2, s dort Rz 11). Die Einwilligungen der Mutter und der Witwe des Vaters können noch ersetzt werden (§ 1727, s dort Rz 19).
- 9 Nicht nachholbar ist freilich bei beschränkter Geschäftsfähigkeit des Vaters (§ 1728 Abs 2) die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, weil das Vertretungsverhältnis mit dem Tode erloschen ist (die Vorschriften der §§ 1698 a und b sind hier nicht anwendbar – war gesetzlicher Vertreter ein Vormund oder Pfleger, so gilt § 1882, ggf iVm § 1915 –), ebenso die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung aus dem gleichen Grunde (so auch MünchKomm-HINZ Rz 3; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2; ERMAN-HOLZHAUER Rz 2).
- 10 3. Liegen die Voraussetzungen des § 1733 Abs 2 vor, so hat die nach dem Tode des Vaters ausgesprochene Ehelicherklärung gemäß Abs 3 die gleiche Wirkung, wie wenn sie **vor dem Tode des Vaters** erfolgt wäre. In diesem besonderen Falle wirkt also die Ehelicherklärung ausnahmsweise zurück (s auch oben Rz 3, 6, sowie § 1719 Rz 27 ff, § 1736 Rz 9, § 1738 Rz 5, 7). Dadurch wird erreicht, daß das Kind den Vater **beerben** kann. Im Zusammenhang hiermit steht die Vorschrift des § **2043 Abs 2**, die das Recht der Miterben, die Auseinandersetzung des Nachlasses zu verlangen, ein-

schränkt, solange die Entscheidung über die Ehelicherklärung noch aussteht (s WERNER § 2043 Rz 5).

Aus diesen Erwägungen folgt auch, daß das Kind einen nach dem Tode des Vaters und vor dem Wirksamwerden der Ehelicherklärung *verstorbenen Elternteil des Vaters* beerbt. 11

Aus dem Zusammenhang der erbrechtlichen Regelungen mit § 1371 Abs 4 ergibt sich weiterhin, daß das Kind, wenn der Vater verheiratet war und im gesetzlichen Güterstand lebte, ggf einen Anspruch auf Tragung von *Ausbildungskosten* gegen die Witwe hat.

Dagegen wird man annehmen müssen, daß wegen weiterer Rechtswirkungen das Kind nicht rückwirkend in die väterliche Familie integriert wird, obwohl der Wortlaut des § 1733 Abs 3 keine Einschränkung enthält. 12

Bis zum Wirksamwerden der Ehelicherklärung bleibt die Mutter dem Kinde gegenüber *unterhaltspflichtig*, vor allem gemäß § 1606 Abs 3 S 2. Die Unterhaltspflicht des Vaters (§§ 1615 a ff) ist mit seinem Tode erloschen (§ 1615); damit sind ggf seine Eltern unterhaltspflichtig geworden (§§ 1601, 1606). 13

Die *elterliche Sorge der Mutter* (§ 1705) erlischt erst mit dem Wirksamwerden der Ehelicherklärung, ebenso die Amtspflegschaft, soweit diese noch besteht (s § 1736 Rz 7). Eine Rückwirkung wäre hier nicht sinnvoll und würde unannehmbare Konsequenzen und große Schwierigkeiten herbeiführen, wenn man annehmen müßte, die elterliche Sorge wäre noch rückwirkend für einen fingierten kurzen Zeitraum auf den Vater vor seinem Tode übergegangen und hätte dann mit seinem Tode geendet, sodann wäre Vormundschaft erforderlich geworden, danach hätte der Mutter die elterliche Sorge gemäß § 1738 Abs 2 übertragen werden können. 14

Vielmehr muß hier zugleich *mit der Ehelicherklärung* ggf, wenn die Voraussetzungen des § 1738 Abs 2 vorliegen, *die elterliche Sorge auf die Mutter zurückübertragen* werden (s auch § 1738 Rz 12, 14).

IV. Verlust oder Beschränkung der Geschäftsfähigkeit

1. Über den Einfluß nachträglich eintretender Geschäftsunfähigkeit des Vaters oder des Kindes auf die Zulässigkeit der Ehelicherklärung enthält das Gesetz keine besonderen Vorschriften. Der Grundgedanke des § 1733, daß es nicht am erforderlichen Subjekt fehlen dürfe (s Rz 2), trifft hier nicht zu. 15

a) Deshalb steht der Ehelicherklärung sicherlich nichts im Wege, wenn das Kind seine Geschäftsfähigkeit im Falle des § 1729 S 2 verliert. Die Weiterwirkung der vom Kind abgegebenen Erklärung ergibt sich hier aus den allgemeinen Vorschriften des § 130 Abs 2 und 3. 16

b) Eine etwas andere Beurteilung ist bei nachträglicher Geschäftsunfähigkeit des Vaters geboten. Sein Antrag ist nicht nur Rechtsgeschäft, sondern auch *Verfahrenshandlung* (s § 1723 Rz 10); das Vorliegen eines gültigen Antrags ist im Antragsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit *notwendige Verfahrensvoraussetzung* und jederzeit von Amts wegen zu prüfen (s § 1723 Rz 47). Verliert der Antragsteller seine Geschäftsfähigkeit, so entzieht dieser Umstand ebenso *wie sein Tod* dem Antragsverfahren jedenfalls dann die Grundlage, wenn es sich, wie bei der Ehelicherklärung, um eine höchstpersönliche Angelegenheit handelt, die weder eine Rechtsnachfolge noch eine Vertretung zuläßt (s § 1723 Rz 11, § 1728 Rz 2). Die materiellrechtlichen Vorschriften des § 130 Abs 2 und 3 helfen hier nicht; Verfahrenshandlungen unterliegen hinsichtlich ihrer Wirksamkeit ausschließlich dem Verfahrensrecht (s zB DILCHER in dies Komm § 130 Rz 74). Das Kind könnte also nach 17

allgemeinen Verfahrensgrundsätzen nicht mehr für ehelich erklärt werden, wenn es nicht die *Sonderregelung* des § 1733 Abs 2 gäbe, die nunmehr *auch verfahrensrechtlich als lex specialis* anzusehen ist. § 1733 Abs 2 handelt zwar nur vom Einfluß des Todes des Vaters auf die Zulässigkeit der Ehelicherklärung. Doch ist der Gesetzgeber des BGB davon ausgegangen, daß der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit ohnehin auf die Ehelicherklärung keinen Einfluß habe und daher nicht besonders geregelt zu werden brauchte (Mot IV 946). Dies spricht dafür, auch heute – nach Umgestaltung der Ehelicherklärung zu einem Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit – die Fälle des Todes und der nachträglichen Geschäftsunfähigkeit des Vaters durch ausdehnende Auslegung des § 1733 Abs 2 grundsätzlich gleich zu behandeln (für entsprechende Anwendung dieser Vorschrift schon nach früherem Recht ACHILLES-GREIFF-BEITZKE Anm 2; ebenso zum jetzigen Rechtszustand – ohne Rücksicht auf die veränderte Rechtsnatur des Antrags – MünchKomm-HINZ Rz 5; ERMAN-HOLZHAUER Rz 4; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 4; sowie SOERGEL-ROTH-STIELOW § 1728 Rz 5; DÖLLE § 111 IV 2; PIKART-HENN 241).

Eine andere Frage ist, ob die Ehelicherklärung bei Geschäftsunfähigkeit des Vaters dem Wohle des Kindes entspricht; dies dürfte selten der Fall sein.

- 18 2. Entsprechendes gilt, wenn der Vater nachträglich beschränkt geschäftsfähig wird; der gesetzliche Vertreter braucht dem vom Vater wirksam gestellten Antrag nicht zuzustimmen, ferner ist keine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich (zu § 1728 Abs 2 s dort Rz 5 ff). Ebenso bleibt die vom volljährigen vollgeschäftsfähigen Kind erteilte Einwilligung (s § 1729 Rz 14) wirksam, wenn es später beschränkt geschäftsfähig (§ 114) wird (s auch Rz 16).
- 19 3. Bei ursprünglicher Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit gelten §§ 1728, 1729 (s die dortigen Erl).

20 V. Keine Bindung des Vaters

Aus § 1733 Abs 2 kann nicht etwa entnommen werden, der Vater sei nach Einreichung des Antrags oder Beauftragung des Notars mit der Einreichung beim VormG an den Antrag gebunden. Vielmehr kann er den Antrag wie in jedem Antragsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit jederzeit zurücknehmen, solange die Ehelicherklärung nicht wirksam ist (s § 1723 Rz 15). Dies gilt jedoch nur für ihn selbst. Seinen **Erben** steht ein solches Recht mit Rücksicht auf die höchstpersönliche Natur des Antrags (s § 1723 Rz 11, § 1728 Rz 2 aE) nicht zu (wohl allgM, s zB GERNHUBER § 61 II 12; MünchKomm-HINZ Rz 4; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 3; ERMAN-HOLZHAUER Rz 3).

§ 1734

Aufgehoben durch NEhelG Art 1 Nr 33.

§ 1735

Auf die Wirksamkeit der Ehelicherklärung ist es ohne Einfluß, wenn mit Unrecht angenommen worden ist, daß ihre gesetzlichen Voraussetzungen vorlagen. Die Ehelicherklärung ist jedoch unwirksam, wenn durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung festgestellt worden ist, daß der Mann nicht der Vater des Kindes ist.

E I § 1593; II § 1620 S 2; III § 1711; Mot IV 946; Prot IV 711; NEhelG Art 1 Nr 34.

Systematische Übersicht

I. Allgemeines, Entstehungsgeschichte

1. Ursprüngliche Fassung 1
2. FamRÄndG 1961, NEhelG 2

II. Heutige Bedeutung des § 1, Anwendungsbereich

1. Grundsätzliches 6

2. Wirksamkeit trotz Formmängel, Fälle der Unwirksamkeit 7

III. § 2

1. Feststellung der Vaterschaft, Beseitigung dieser Feststellung 19
2. Konsequenzen, Kind wieder nicht-ehelich 22
3. Randvermerk im Geburtenbuch 23

I. Allgemeines, Entstehungsgeschichte

1. Die ursprüngliche Fassung des § 1735 lautete:

1

„Auf die Wirksamkeit der Ehelichkeitserklärung ist es ohne Einfluß, wenn der Antragsteller nicht der Vater des Kindes ist oder wenn mit Unrecht angenommen worden ist, daß die Mutter des Kindes oder die Frau des Vaters zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt sei.“

Die Verfasser des BGB hatten sich von der Erwägung leiten lassen, daß die Ehelichkeitserklärung unwirksam sei, wenn ein gesetzliches Erfordernis fehle. Im E I und E II war dies noch ausdrücklich ausgesprochen worden. In der endgültigen Gesetzesfassung kam dies noch mittelbar zum Ausdruck. Erkennbarer Sinn der Vorschrift war, daß die fehlerhaft ausgesprochene Ehelichkeitserklärung nur in den beiden im Gesetz angeführten Fällen wirksam sein sollte; so sollte zB beim Fehlen eines (wirksamen) Vaterschaftsanerkennnisses die Ehelichkeitserklärung als nicht erfolgt angesehen werden. Einhellig wurde auch angenommen, daß die Nichtigkeit wegen Fehlens eines gesetzlichen Erfordernisses unbeschränkt jederzeit von jedermann geltend gemacht werden könnte (s ENGELMANN in der 9. Aufl Anm 3; RGZ 122, 24).

2. Die geltende Fassung des § 1 geht auf das FamRÄndG v 12. 4. 1938, RGBI I 380, zurück. In der amtl Begründung (DJ 1938, 619, 621, 623) wurde vor allem hervorgehoben, der bisherige Rechtszustand sei unbefriedigend, da er gestattete, durch Aufdecken eines Unwirksamkeitsgrundes gewaltsam in ein Lebensverhältnis einzugreifen, das durch den Ausspruch eines staatlichen Organs geschaffen worden war und auf dessen Bestand alle Beteiligten vertraut hatten. Die neue Fassung sollte alle Fälle decken, in denen irrtümlich das Fehlen eines Erfordernisses übersehen worden war.

Das NEhelG hat den Satz 1 wörtlich übernommen, lediglich mit der Änderung des Begriffes „Ehelichkeitserklärung“ in „Ehelicherklärung“.

§ 2 wurde durch das NEhelG eingefügt. Diese Vorschrift hängt mit §§ 1600 a, 1600 f zusammen. Ist das Kind für ehelich erklärt, so soll nicht die Ehelichkeit angefochten werden können, vielmehr soll die Ehelicherklärung wirkungslos sein, wenn die Anerkennung mit Erfolg angefochten und festgestellt worden ist, daß der Mann nicht der Vater des Kindes ist (§ 1600 f Abs 1, s dazu auch § 1593 Rz 8 und § 1600 h Rz 2) oder wenn im Falle der gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft (§ 1600 n) die gerichtliche Entscheidung im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben worden ist.

Zugleich wurde mit Art 1 Nr 35 des NEhelG die frühere Regelung des (durch das FamRÄndG 1938 eingeführten und durch das FamRÄndG 1961 geänderten) § 1735 a aufgehoben. Diese hatte die Vorschriften der §§ 1593–1595 a, 1597 Abs 1, 2, 4 und § 1599 für entsprechend anwendbar erklärt (Näheres dazu in der Vorauf in den diesbezüglichen Erläuterungen). Sie war nun, ebenso wie § 1721 (s dazu § 1719 Rz 6 f), zufolge der neuen Regelungen der §§ 1600 a, 1600 f überholt.

II. Heutige Bedeutung des § 1, Anwendungsbereich

- 6 1. Nach heutiger Auffassung ist eine gerichtliche Entscheidung nur in besonderen Ausnahmefällen nichtig. Dies ist für den Bereich des Zivilprozesses vornehmlich den Regelungen der §§ 578 ff ZPO zu entnehmen; für die freiwillige Gerichtsbarkeit kann trotz Fehlens entsprechender Vorschriften nichts anderes gelten. Nur bei Verletzung von Normen, an deren Nichtbeachtung das Gesetz unzweideutig die Nichtigkeit knüpft, ist Nichtigkeit der betreffenden Entscheidung anzunehmen (vgl BGHZ 41, 303, 309 = FamRZ 1964, 426, 428; OLG Hamm FamRZ 1973, 157, 158; aus der Lit zB BAUR, Freiwillige Gerichtsbarkeit [1955] § 27 S 297 ff; BÄRMANN, Freiwillige Gerichtsbarkeit . . . [1968] § 24 S 165 ff; HABSCHIED, Freiwillige Gerichtsbarkeit [7. Aufl 1983] § 25 III 1), also nicht schon bei Verletzung des materiellen oder formellen Rechts, zB bei Verletzung der Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts (§ 12 FGG) – s BGH und OLG Hamm aaO; BASSENGE § 7 Anm 3; JANSEN § 7 Rz 25 –.
- Damit hat § 1735 nur noch klarstellende Bedeutung und Wirkung (s auch § 1723 Rz 50).
- 7 2. Die Ehelicherklärung ist daher als **wirksam** anzusehen, wenn übersehen wurde, daß kein oder kein zulässiger *Antrag* gestellt worden war (ebenso ERMAN-HOLZHAUER Rz 1; MünchKomm-HINZ Rz 2; HABSCHIED § 25 II 13; BASSENGE, FGG § 56 a Anm 4 a; BEITZKE § 32 II 1 e; s auch KEIDEL, FGG § 7 Rz 42 a; anders JANSEN, FGG § 56 a Rz 20, § 7 Rz 22), nämlich bei Verletzung der Formvorschrift des § 1730, bei fehlender Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (s § 1728) oder bei Geschäftsunfähigkeit des Vaters (s auch § 1728 Rz 3), wohl auch bei Verletzung der Vorschrift der § 1733 Abs 2 (anders BÖKELMANN StAZ 1969, 169, 173),
- 8 daß eine erforderliche *Einwilligungserklärung* (§ 1726 Abs 1) fehlte oder nicht formgerecht erteilt war (s ERMAN-HOLZHAUER aaO; ODESKY Anm II 3; BEITZKE aaO) oder die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Kindes (§ 1729 S 2) fehlte,
- 9 daß die Entscheidung über die *Ersetzung der verweigeren Einwilligung* (§ 1727) noch nicht rechtskräftig war,
- 10 daß die Anerkennung der Vaterschaft unwirksam war (s zum letzteren § 1600 f Rz 6 f, sowie zur Anwendung des § 1735 JANSEN § 56 a Rz 20), ferner
- 11 wenn zu Unrecht angenommen wurde, die Voraussetzungen des § 1726 Abs 3 lägen vor (Bedenken hiergegen erhebt jedoch BEITZKE § 32 II 1 e unter Berufung auf Art 6 GG).
- 12 wenn der Mann nicht der Vater des Kindes ist, also insbesondere zB wenn die Vaterschaft wahrheitswidrig anerkannt wurde (s zum letzteren, dh zur Gültigkeit der Anerkennung § 1600 a Rz 21 aE, § 1600 c Rz 5 f, § 1600 f Rz 9), es sei denn, die Anerkennung wäre angefochten (s dazu unten Rz 19, 21 f).
- 13 **Unwirksam** ist die Ehelicherklärung dagegen, wenn
- ihr eine Bedingung oder Zeitbestimmung beigefügt wurde (s § 1724 Rz 3),
- 14 das Kind verstorben ist (s § 1733 Rz 5),
- 15 ein eheliches Kind (§ 1593) für ehelich erklärt wurde (so schon zum früheren Recht: OLG Hamburg MDR 1964, 507; MASSFELLER StAZ 1963, 197, 199; zum neuen Recht: MünchKomm-HINZ Rz 2; ERMAN-HOLZHAUER Rz 1; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1; ODESKY Anm II 4; GERNHUBER § 61 II 13; BEITZKE § 32 II 1 e; JANSEN, FGG § 56 a Rz 20, BASSENGE, FGG § 56 a Anm 4 a; anders BÖKELMANN StAZ 1969, 169, 173 und in der Vorauf Rz 10 mit dem – jetzt überholten [s Rz 5] – Vorschlag, § 1735 a anzuwenden) – vgl auch den in § 1600 f Rz 21 aE behandelten Fall –.

der *Rechtspfleger* entgegen § 14 Nr 3 e RPflG die Ehelicherklärung ausgesprochen hat (§ 8 Abs 4 S 1 RPflG). 16

Der *BGH* hatte zum früheren Recht in dem Urt v 20. 11. 1952 (LM Nr 7 zu Art 7 ff EGBGB) ausgesprochen, die Ehelicherklärung sei unwirksam, wenn sich die (Verwaltungs-)Behörde bewußt über die gesetzlichen Voraussetzungen hinwegsetze (zustimmend zum neuen Recht, dh zur Entscheidung des VormG, MünchKomm-HINZ Rz 2; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1; ERMAN-HOLZHAUER Rz 1; SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 2; GERNHUBER § 61 II 13, jeweils unter Berufung auf BGH aaO; zweifelnd aber BÖKELMANN in der VoraufL Rz 9 aE). Indes kann dieser Auffassung zum jetzigen Rechtszustand, zur *gerichtlichen Entscheidung*, nicht zugestimmt werden (s auch oben Rz 6); sie kann sich nicht auf die Formulierung des Gesetzes „mit Unrecht angenommen“ stützen, denn diese ist objektiv auszulegen. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob das Gericht sich der Unrichtigkeit seiner Entscheidung bewußt war (abgesehen davon, daß dies sich kaum je aus der Entscheidung dh ihren Gründen ergeben wird; denn es ist so gut wie undenkbar, daß das Gericht darlegt, „eigentlich“ lägen die Voraussetzungen nicht vor, dennoch sei es geboten, die Ehelicherklärung auszusprechen. Dies würde bedeuten, daß das Gericht unrichtigerweise davon ausgegangen wäre, ihm stünde bei der Entscheidung die Ausübung des Ermessens zu. Eine solche Auffassung würde aber die Annahme der Unwirksamkeit der diesbezüglichen Entscheidung nicht rechtfertigen. Die Streitfrage dürfte jetzt nur noch von theoretischer Bedeutung sein.) 17

Eine andere Frage ist, ob trotz Ausschlusses der Anfechtbarkeit (§ 56 a Abs 1 S 2 FG) eine Beschwerde oder ob ein Wiederaufnahmeantrag zulässig wäre (s § 1723 Rz 54). Die dargelegten Unterschiede gegenüber dem früheren Recht wurden in der Lit (s oben) zumeist übersehen. 18

III. S 2

1. Grundlage der Ehelicherklärung ist die für und gegen alle wirkende *Feststellung der Vaterschaft* des Mannes zu dem nichtehelichen Kinde (§ 1600 a), s § 1723 Rz 9. Stellt sich heraus, daß der Mann gar nicht der Vater des Kindes ist, so entfällt damit die Grundlage der Ehelicherklärung; in diesem Falle ist die Ehelicherklärung unwirksam (S 2). Voraussetzung ist aber die *rechtskräftige Feststellung, daß der Mann nicht der Vater des Kindes ist*. 19

Hauptfall ist der, daß die Vaterschaft anerkannt worden war und danach die Anerkennung mit Erfolg angefochten worden ist (s dazu § 1600 f Rz 22–24, 27 f). Die Feststellung der Unwirksamkeit der Anerkennung allein (s dazu § 1600 f Rz 11 ff) genügt noch nicht (s auch oben Rz 10).

In Betracht kommt ferner noch der Fall, daß wenn die Feststellung der Vaterschaft auf einer gerichtlichen Entscheidung beruht (§ 1600 n), diese im Wiederaufnahmeverfahren (s insbes § 641 i ZPO, dazu § 1600 n Rz 46, 61) aufgehoben und die Feststellungsklage mit der Begründung abgewiesen wird, der Mann sei nicht der Vater des Kindes (s § 1600 n Rz 39, 41). 20

Ist rechtskräftig festgestellt, der Mann sei nicht der Vater des Kindes, so ist damit die Ehelicherklärung **rückwirkend unwirksam** (so wohl allgM, s MünchKomm-HINZ Rz 3; ERMAN-HOLZHAUER Rz 2; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2; BUCHHEIM StAZ 1970, 319). 21

2. Mit dieser Feststellung ist das Kind rückwirkend wieder nichteheliches Kind. So fragt es sich, welche Auswirkungen aus der Entscheidung sich ergeben: Mit dieser Entscheidung endigt die elterliche Sorge des Mannes, wenn das Kind noch minderjährig ist. Doch kann nicht angenommen werden, die elterliche Sorge der Mutter 22

(§ 1705) und die früher bestehende Amtspflegschaft (§§ 1706, 1709) würden automatisch wieder eintreten (s § 1738 Rz 13). Vielmehr bedarf das Kind nun eines Vormunds (§ 1773). Doch kann das VormG unter Aufhebung der Vormundschaft in analoger Anwendung des § 1738 Abs 2 der Mutter die elterliche Sorge zurückübertragen und zwar wohl auch (in analoger Anwendung des § 1707 S 3) mit der Einschränkung, daß das Jugendamt zum Pfleger mit dem Wirkungskreis des § 1706 bestellt wird (vgl auch zum Adoptionsrecht § 1764 Abs 4).

- 23 3. Die Entscheidung (Rz 21) ist dem zuständigen **Standesbeamten** mitzuteilen, der das Geburtenbuch führt (§ 30 Abs 2 PStG); dieser hat sodann dort einen Randvermerk einzutragen (§ 30 Abs 1 PStG).

§ 1736

Durch die Ehelicherklärung erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes.

E I § 1583 Abs 2; II § 1610 Abs 2; III § 1712; Mot IV 934; Prot IV 704; V 445; NEhelG Art 1 Nr 29.

I. Allgemeines

- 1 1. Die §§ 1736–1739 handeln von den Wirkungen der Ehelicherklärung. § 1736 deckt sich inhaltlich mit § 1719 S 1. Im Gegensatz zum früheren Recht (s vor allem § 1737 aF, dazu § 1723 Rz 4, § 1737 Rz 1) ist das Kind jetzt gegenüber dem Vater in jeder Beziehung einem ehelichen gleichgestellt; die Ehelicherklärung vermittelt die Ehelichkeit auch gegenüber der gesamten väterlichen Verwandtschaft (s GERNHUBER § 61 II 14); Einzelheiten s Rz 4 ff.
- 2 2. Die rechtlichen Wirkungen der Ehelicherklärung sind durch das Gesetz festgelegt. Sie können weder durch Vertrag unter den Beteiligten noch durch Verfügung des VormG erweitert oder eingeschränkt werden. Würde zB eine Ehelicherklärung mit der Maßgabe ausgesprochen, daß sie sich nicht auf die Abkömmlinge des Kindes bezieht, so wäre dieser einschränkende Zusatz unwirksam.
- 3 Bei der Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen ist mangels eines Vorbehalts davon auszugehen, daß unter ehelichen Kindern auch für ehelich erklärte Kinder zu verstehen sind.

II. Wirkungen im Verhältnis zum Vater

- 4 1. Dem Vater gegenüber erlangt das Kind die **volle Rechtsstellung eines ehelichen Kindes**. Insoweit finden die §§ 1618 a, 1619, 1620, 1624, 1625, 1626–1698 b (*ohne* §§ 1627 S 2, 1628, 1629 Abs 1 S 2, 3, Abs 2 S 2, Abs 3, 1643 Abs 2 S 2, 1664 Abs 2, 1671, 1672, 1678, 1680, 1681) Anwendung (statt § 1681 gilt die Sondervorschrift des § 1738 Abs 2). Das Kind tritt also unter die **elterliche Sorge des Vaters**, sofern es minderjährig ist, und teilt unter der gleichen Voraussetzung seinen Wohnsitz (§ 11). Das **Namensrecht** regelt die Vorschrift des § 1737. Auch **erb- und unterhaltsrechtlich** gilt im Verhältnis zwischen Vater und Kind dasselbe, wie wenn das Kind ehelich geboren wäre; dabei geht nach § 1739 die Unterhaltspflicht des Vaters derjenigen der Mutter und der mütterlichen Verwandten vor (s Näheres dort).
- 5 2. Auf die **Staatsangehörigkeit** des Kindes wirkt sich die Ehelicherklärung in gleicher Weise aus wie die Legitimation durch nachfolgende Ehe (s § 1719 Rz 41). Das Kind erwirbt also die deutsche Staatsangehörigkeit, wenn es auf Antrag eines Deutschen für ehelich erklärt wird (§ 3 Nr 2, § 5 RuStAG).

III. Weitere Wirkungen

1. Aus § 1736 folgt, daß sich die Wirkungen der Ehelicherklärung auf die **Abkömmlinge des Kindes** erstrecken, dh sowohl auf solche, die später geboren werden, als auch auf die bereits vorhandenen. Zu beachten ist, daß infolge des Wegfalls des § 1589 Abs 2 aF (s dort Rz 1, 16, 23) das Kind schon vor der Ehelicherklärung mit den Eltern des Vaters verwandt und mit dessen Ehefrau verschwägert ist (im Gegensatz zum früheren Recht – s Rz 1 –).
2. Da der Vater des Kindes durch die Ehelicherklärung die elterliche Sorge erhält (s Rz 4), endigt in dem Zeitpunkt, in dem die Ehelicherklärung wirksam wird (s unten Rz 9 und § 1723 Rz 50), die **elterliche Sorge der Mutter** (§ 1738 Abs 1, s dort Rz 7) und die etwa noch bestehende **Pflegschaft** bzw **Amtspflegschaft** (§ 1706 bzw 1709), gemäß § 1918, ggf, wenn die Mutter noch minderjährig war und daher unter Vormundschaft stand (§ 1773), die Amtsvormundschaft (§§ 1791 c, 1882) und die tatsächliche Sorge der Mutter (§ 1673 Abs 2 S 2). Eine Sondervorschrift, wie sie § 1883 für die Legitimation durch nachfolgende Ehe enthält (s § 1719 Rz 42), ist für die Ehelicherklärung nicht getroffen.
3. War die Vaterschaft des Mannes zu Unrecht festgestellt worden, hatte etwa der Mann die Vaterschaft wahrheitswidrig anerkannt (s § 1735 Rz 12), so wird durch die Ehelicherklärung das an sich bestehende Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Kinde und dem biologischen Vater nicht berührt; jedoch können die Rechtswirkungen der wirklichen Vaterschaft nicht geltend gemacht werden (§ 1600 a S 2, s dazu dort Rz 30; sowie auch § 1723 Rz 50 aE).

IV. Beginn der Wirkungen

Der Ehelicherklärung kommt nach dem Gesetz grundsätzlich *keine rückwirkende Kraft* zu. An der nichtehelichen Geburt vermag sie nichts zu ändern. Ehelich wird das Kind regelmäßig erst von dem Zeitpunkt an, in dem der Beschluß des VormG wirksam wird (s dazu § 1723 Rz 50). Ausnahmsweise tritt eine Rückwirkung in dem Falle ein, daß das Kind nach dem Tode des Vaters für ehelich erklärt wird (s § 1733 Abs 2 und 3, dazu dort Rz 7, 10 ff).

§ 1737

Das Kind erhält den Familiennamen des Vaters. Als Familienname gilt nicht der gemäß § 1355 Abs 3 dem Ehenamen vorangestellte Name. Ändert sich der Familienname des Vaters, so gilt § 1617 Abs 2 bis 4 entsprechend.

1. EheRG Art 1 Nr 36.

Schrifttum

S zu § 1720, sowie DIECKMANN StAZ 1983, 276 (Anm zu BayObLG StAZ 1983, 101 [= BayObLGZ 1983, 1]); MERGENTHALER, Wie stellt der Standesbeamte fest, ob sich eine Namensänderung auf Abkömmlinge erstreckt? StAZ 1981, 362.

I. Entstehungsgeschichte und Allgemeines

1. Die frühere Vorschrift des § 1737 regelte die Wirkungen der Ehelicherklärung in Abs 1 dahingehend, daß sie sich auf die Abkömmlinge des Kindes erstrecken, jedoch nicht auf die Verwandten des Vaters, und daß die Frau des Vaters nicht mit dem Kinde, der Ehegatte des Kindes nicht mit dem Vater verschwägert wird. Nach Abs 2

blieben die Rechte und Pflichten, die sich aus dem Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Kinde und seinen Verwandten (dh den mütterlichen Verwandten und den eigenen Abkömmlingen) ergaben, unberührt, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschrieb (womit die Regelungen der §§ 1738, 1739 gemeint waren). Diese Vorschrift des § 1737 wurde durch das NEhelG (Art 1 Nr 35) aufgehoben.

- 2 Die Neufassung des § 1737 geht auf das 1. EheRG zurück. Und zwar schon auf den RegE (BT-Drucks 7/650) in dem allerdings in S 2 aE noch die Formulierung vorgesehen war „*angefügte Name*“. Im Zusammenhang mit der (unglücklichen) Änderung des § 1355 Abs 3 (nach dem Vorschlag des Rechtsausschusses des BT [BT-Drucks 7/3119] – wonach ein Ehegatte, dessen Geburtsname nicht Ehenamen werde, dem Ehenamen seinen Geburtsnamen oder den zZt geführten Namen *vorstellen* könne –) wurde eine entsprechende Änderung des § 1737 S 2 vorgeschlagen, die der Bundestag (am 31. 1. 1975, s Prot 10187 D ff) annahm, der Bundesrat aber ablehnte. Der spätere Vorschlag des Vermittlungsausschusses (BT-Drucks 7/4992) enthielt sodann die Fassung des Rechtsausschusses des BT (BT-Drucks 7/3119) wieder; er wurde vom Bundestag (am 8. 4. 1976, Prot 16412 D) und vom Bundesrat (am 9. 4. 1976, Prot 128 C ff) angenommen (s zur Entstehungsgeschichte des neuen Namensrechts vor allem RUTHE FamRZ 1976, 409).
- 3 2. Im früheren Recht war eine spezielle Regelung des Familiennamens des für ehelich erklärten Kindes nicht notwendig, da sich der Familienname des Kindes automatisch aus § 1616 ergab (s BÖKELMANN in der VoraufI § 1736 Rz 4). Mit Rücksicht auf die Änderung der §§ 1355, 1616 durch das 1. EheRG war aber nun eine ausdrückliche Regelung des Familiennamens des für ehelich erklärten Kindes erforderlich (s BT-Drucks 7/650, 178; sowie DIEDERICHSEN NJW 1976, 1169, 1176 Fn 103).
- 4 Bemerkenswert ist noch, daß nach der Regelung des S 3 auf Grund der entsprechenden Anwendung des § 1617 Abs 2–4 das für ehelich erklärte Kind unter den dort geregelten Voraussetzungen an einer Änderung des Familiennamens des Vaters ebenso teilnimmt wie das nichteheliche Kind an einer Änderung des Familiennamens der Mutter, während beim ehelichen Kind andere Regeln gelten (Einzelheiten s in den Erl des § 1616); maW das für ehelich erklärte Kind wird insoweit wie ein nichteheliches Kind behandelt (worauf auch GERNHUBER § 61 II 14 hingewiesen hat).

II. Die einzelnen Regelungen

- 5 1. S 1 legt fest, was im Grundsatz dem bisherigen Recht entsprach, sich aus § 1616 ergibt und selbstverständliche Folge der Ehelicherklärung ist, nämlich, daß das Kind den Familiennamen des Vaters erhält (s auch Rz 3).
- 6 Zur Ehelicherklärung ist die Einwilligung des Kindes erforderlich (§ 1726 Abs 1); da die Namensänderung – soweit das Kind nicht schon gemäß § 1618 Abs 1 S 1 den Familiennamen des Vaters erhalten hatte – die automatische Folge der Ehelicherklärung ist (vgl § 1736), ist die Einwilligung des Kindes zur Ehelicherklärung zugleich als Einwilligung in die Namensänderung zu erblicken, damit also die Mitwirkung des Kindes gesichert (s RUTHE FamRZ 1976, 409, 415).
- 7 Hat der Vater vor der Ehelicherklärung geheiratet und als Ehenamen den Namen der Frau angenommen (§ 1355 Abs 2 S 1), so erwirbt das Kind diesen Namen; dies ist eine Folge der Neuregelung des Namensrechts durch das 1. EheRG. Das Kind erhält also den Namen einer Familie, mit der es verwandtschaftlich nichts zu tun hat, dh den Familiennamen seiner Stiefmutter (krit dazu DIEDERICHSEN NJW 1976, 1169, 1176 Fn 104; PALANDT-DIEDERICHSEN § 1737 Anm 1 – indes erwirbt das Kind bei der Einbenennung durch Mutter und Stiefvater [§ 1618 Abs 1 S 1 1. Alt] regelmäßig den

Familiennamen des Stiefvaters, so daß die Namensführung im Anschluß an den Namen eines Stiefelternteils als nicht so ungewöhnlich zu beurteilen ist; s ferner ERMAN-HOLZHAUER Rz 2 –).

2. Hat der Vater den Namen seiner Ehefrau angenommen (s Rz 7) und seinen seit- 8
herigen Namen vorangestellt (§ 1355 Abs 3), so erwirbt das Kind diesen nicht (auch), was S 2 ausdrücklich festlegt. Hier gilt das gleiche, wie beim ehelichen Kinde, das gemäß § 1616 mit der Geburt – wie auch im Falle der Legitimation durch nachfolgende Ehe (s dazu § 1720 Rz 4) hiermit – nicht den vorangestellten zusätzlichen Namen erwirbt.

3. Ändert sich der Familienname des Vaters nach der Ehelicherklärung, so gelten 9
gemäß S 3 die Vorschriften des § 1617 Abs 2–4 entsprechend (s Rz 4).

Heiratet der Vater nach der Ehelicherklärung und nimmt er den Familiennamen 10
seiner Frau an (§ 1355 Abs 2 S 1), so hat dies auf den Namen des Kindes keine Auswirkung (§ 1737 S 3 iVm § 1617 Abs 3, s RUTHE FamRZ 1976, 409, 415).

Hat der Vater aber vor der Ehelicherklärung geheiratet und den Namen seiner Frau 11
angenommen, wird die Ehe später geschieden und nimmt der Vater nun seinen früheren Namen wieder an (§ 1355 Abs 4 S 2), so erstreckt sich die Namensänderung auf das Kind, welches das 5. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (vgl § 1617 Abs 2 S 1) oder welches das 5. Lebensjahr vollendet hat, wenn es sich, vertreten durch den gesetzlichen Vertreter, der Namensänderung anschließt (aaO), oder welches das 14. Lebensjahr vollendet hat, wenn es sich durch eigene Erklärung der Namensänderung anschließt, während der Minderjährigkeit mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§ 1617 Abs 2 S 2). Eine Frist ist für die Anschlußerklärung nicht bestimmt (anders § 13 a Abs 3 S 3 EheG).

Eine Namensänderung erstreckt sich vom Vater auf das Kind auch dann, wenn diese 12
auf dem NÄG beruht und das Kind noch minderjährig ist (s Näheres in § 4 NÄG).

4. Hat sich das **Kind** bereits **verheiratet** und hat es als Ehenamen den Familiennamen 13
seines Ehepartners angenommen, so ist hier die Ehelicherklärung des Kindes ohne Bedeutung.

Hat aber bei der Eheschließung der Partner des Kindes dessen Familiennamen als 14
Ehenamen angenommen und wird das Kind danach für ehelich erklärt, so entstehen schwierige Probleme, da dieser Fall im Gesetz nicht geregelt ist. Indes muß im Wege der Rechtsanalogie aus den Vorschriften der §§ 1617 Abs 4, 1618 Abs 4, 1720 S 2, 1740 f Abs 3, 1757 Abs 1 S 3 sowie § 13 a Abs 3 EheG der allgemeine Grundsatz abgeleitet werden, daß eine Änderung des Ehenamens bei Änderung des zum Ehenamen gewordenen Geburtsnamens möglich sein muß, wenn die Ehegatten dies gemeinsam wünschen (vgl RUTHE FamRZ 1976, 409, 415; MünchKomm-Hinz Rz 5; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1; ERMAN-HOLZHAUER Rz 3; GERNHUBER § 61 II 14; DIECKMANN StAZ 1982, 266, 272; StAZ 1983, 276 f; s ferner BayObLGZ 1983, 1 = MDR 1983, 578 = StAZ 1983, 101, 276 LS m Anm DIECKMANN).

Das BayObLG hat die Auffassung vertreten, der durch die Ehelicherklärung geän-
derte Geburtsname werde nur dann auch gemeinsamer Ehe- und Familienname für den Ehegatten (und die gemeinsamen noch nicht 14 Jahre alten Kinder), wenn *beide Ehegatten* hierüber entsprechend § 1720 S 2 eine besondere Erklärung abgeben. In-
des bestehen gegen die Ansicht, es müßten beide Ehegatten (für die Änderung ihres Ehenamens) eine gemeinsame Erklärung abgeben, Bedenken (ebenso DIECKMANN aaO). Das BayObLG hat nicht genügend beachtet, daß im Falle der Ehelicherklärung eine andere Situation besteht als im Falle der Legitimation durch nachfolgende Ehe: Im ersteren Falle ist die Einwilligung des Kindes erforderlich (§ 1726 Abs 1),

die zugleich die Einwilligung zum Namenswechsel deckt (s Rz 6). Die Legitimation durch nachfolgende Ehe tritt dagegen automatisch ein (s § 1719 Rz 23 f); dort ist die Regelung des § 1720 S 2 notwendig, da die Einheitlichkeit des Familiennamens der Ehegatten den Vorrang haben muß vor der Einheitlichkeit des Familiennamens der Eltern einerseits und des legitimierte Kindes andererseits. Im Falle der Ehelicherklärung muß dagegen verlangt werden und muß es genügen, wie im Falle der Adoption eines Ehegatten (§ 1757 Abs 1 S 3), daß der Ehepartner des für ehelich erklärten Kindes durch eine besondere Erklärung in den Namenswechsel einwilligt. Liegt diese Einwilligung des Ehepartners dagegen vor der Ehelicherklärung nicht vor, so kann auch kein Namenswechsel eintreten. Es kann nicht angehen, daß nach der Ehelicherklärung zu irgendeinem späteren Zeitpunkt willkürlich noch Erklärungen zu einem Namenswechsel abgegeben werden, wie das BayObLG (aaO) es zugelassen hatte (9 Monate nach der Ehelicherklärung!), hiergegen mit Recht auch DIECKMANN StAZ 1983, 276 f.

- 15 Die Anschlußerklärung bezüglich der Namensänderung ist gegenüber dem für die Führung des Familienbuchs zuständigen Standesbeamten in öffentlich beglaubigter Form (§§ 129, 1617 Abs 2 S 3) abzugeben.
- 16 Hat das für ehelich erklärte Kind bereits selbst Abkömmlinge, so wird man analog § 1720 S 1 annehmen können, daß sich der Namenswechsel auf diese ohne weiteres erstreckt, wenn sie das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (so auch BayObLG aaO). Haben sie das 14. Lebensjahr vollendet, so ist § 1617 Abs 2 S 2 entsprechend anzuwenden.

§ 1738

Mit der Ehelicherklärung verliert die Mutter das Recht und die Pflicht, die elterliche Sorge auszuüben.

Das Vormundschaftsgericht kann der Mutter die Ausübung der elterlichen Sorge zurückübertragen, wenn die elterliche Sorge des Vaters endigt oder ruht oder wenn dem Vater die Sorge für die Person des Kindes entzogen ist.

NEhelG Art 1 Nr 36; SorgeRG Art 1 Nr 42, Art 9 § 2.

I. Zur Textgeschichte, Allgemeines

- 1 1. Die frühere Fassung des § 1738 lautete:
„Mit der Ehelichkeitserklärung verliert die Mutter das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Hat sie dem Kinde Unterhalt zu gewähren, so treten Recht und Pflicht wieder ein, wenn die elterliche Gewalt des Vaters endigt oder wenn sie wegen Geschäftsunfähigkeit des Vaters oder nach § 1674 ruht.“
- 2 2. Die jetzige Fassung der Abs 1 und 2 geht auf Art 1 Nr 36 des NEhelG zurück; durch Art 9 § 2 des SorgeRG wurde der Begriff „elterliche Gewalt“ jeweils durch den Begriff „elterliche Sorge“ ersetzt (s auch Vorbem 8 zu § 1591). Abs 3 idF des NEhelG wurde durch Art 1 Nr 42 des SorgeRG gestrichen (er betraf die Anhörung des Kindes – diese ist nun allgemeiner in § 50 b FGG geregelt).
- 3 Zu Abs 1 ist in der **Begründung des RegE** ausgeführt (BT-Drucks V/2370, 75; JANSEN-KNÖPFEL 314): Da durch die Ehelicherklärung der Vater nach § 1736 iVm § 1626 die elterliche Gewalt erlange, müsse die Mutter, die nach § 1705 mit der Geburt des Kindes die elterliche Gewalt erlangt habe, in Anlehnung an die bisherige Regelung das Recht und die Pflicht verlieren, die elterliche Gewalt auszuüben. Dies werde in Abs 1 bestimmt. Die Fassung bringe zum Ausdruck, daß die elterliche Gewalt der

Mutter nicht in der Substanz, sondern nur in der Ausübung ende. Die Möglichkeit, daß die Mutter auch nach der Ehelicherklärung die alleinige elterliche Gewalt behalte, werde nicht vorgesehen. Sie könnte unerwünschte Entwicklungen zur Folge haben. Es bestünde die Gefahr, daß die Ehelicherklärung auch dann herbeigeführt würde, wenn echte Familienbeziehungen zwischen Vater und Kind nicht begründet werden sollen, die Ehelicherklärung vielmehr nur dazu dienen soll, das Ansehen von Mutter und Kind zu heben . . . Würde man eine solche Regelung zulassen, so könnte die Ehelicherklärung von Kindern, deren Eltern unverheiratet zusammenleben, gefördert werden.

Die erwähnte Passage, die elterliche Gewalt der Mutter ende hier nur in der **Ausübung**, nicht in der *Substanz*, machten sich ERMAN-HOLZHAUER Rz 1; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1; OBERSKY Anm I 3; SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 1 zu eigen (krit gegen die schon im RefE enthaltenen Ausführungen mit Recht BÖKELMANN FamRZ 1966, 546, 549). Sie sollte aber nicht iS der – heute wohl als überholt zu beurteilenden – Substanztheorie mißverstanden werden (so mit Recht MünchKomm-HINZ Rz 3 Fn 4 und schon BÖKELMANN aaO).

Abs 1 bedeutet, daß die elterliche Sorge der Mutter mit der Ehelicherklärung endet, dh ihr Recht und ihre Pflicht, für das Kind zu sorgen (s zum Inhalt der elterlichen Sorge § 1705 Rz 7 ff). Denn *mit der Ehelicherklärung hat der Vater die elterliche Sorge allein inne* (§ 1736, s dort Rz 4). Eine Möglichkeit, der Mutter die elterliche Sorge zu übertragen dh zu belassen, besteht – abgesehen von den in Abs 2 geregelten Fällen – nicht (hiergegen kritisch HOFFKNECHT ZRP 1970, 228).

Die Annahme, die elterliche Sorge der Mutter bleibe der Substanz nach (bis zur Volljährigkeit des Kindes) bestehen, sie könne sie nur nicht ausüben, führt zu unlösbaren Problemen und zu absurden Konsequenzen: Welche Rechtsstellung hatte der Vater vor der Ehelicherklärung? Welche hat er durch diese inne? Nur die eines die elterliche Sorge ausübenden Elternteils? Was soll dies heißen? Oder steht sie ihm auch der Substanz nach zu? Wenn ja, soll dann beiden Elternteilen (!) die elterliche Sorge der Substanz nach zustehen, dem Vater mit dem Recht zur Ausübung, der Mutter ohne dieses? Wenn nein, warum soll der Vater eine geringerwertige Rechtsstellung als die Mutter zuvor innehaben? Dies widerspräche dem Sinn und Zweck der Ehelicherklärung, dem Vater die volle Rechtsstellung eines ehelichen Elternteils einzuräumen (s § 1723 Rz 3 f, § 1736 Rz 4) und widerspräche vor allem Art 3 Abs 1 und 2, wohl auch Art 6 Abs 2 GG. Steht die elterliche Sorge dem Vater bis zur Volljährigkeit des Kindes zu, so hat die Rechtsstellung der Mutter als Inhaberin der elterlichen Sorge der Substanz nach keine Bedeutung, sie ist einem Phantom gleich. Wird die elterliche Sorge gemäß Abs 2 auf die Mutter zurückübertragen, welche Rechtsstellung soll nun der Vater haben? Das Kind bleibt ja eheliches Kind des Vaters. Wie soll die Rechtslage sein, wenn später die Anordnung der Rückübertragung wieder aufgehoben wird (§ 1696)? Wie, wenn die Eltern des Kindes zusammenleben und die Mutter als „Beauftragte“ des Vaters das Kind betreut?

II. Rechtsstellung der Mutter

Mit der Ehelicherklärung des Kindes (s § 1723 Rz 49 f) ist die elterliche Sorge der Mutter erloschen – in diesem Sinne ist Abs 1 zu verstehen (s oben Rz 5) –; die elterliche Sorge der Mutter ist auch nicht als ruhend zu beurteilen (zu dem starren Prinzip des § 1738 Abs 1 s noch BOSCH FamRZ 1980, 1090).

Der Mutter steht nun das **Recht zum Umgang** mit dem Kinde zu (§ 1634 Abs 1); dies ist jetzt wohl allgM (s schon BÖKELMANN in der VoraufL Rz 5, sowie MünchKomm-HINZ Rz 4; ERMAN-HOLZHAUER Rz 1; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1; SOERGEL-

ROTH-STIELOW Rz 1; GERNHUBER § 61 II 15; BEITZKE § 32 II 1 g); § 1634 gilt für alle ehelichen Kinder und damit auch für die ehelich erklärten Kinder.

- 9 Hat der Vater das Kind zur Betreuung der Mutter überlassen (§ 1723 Rz 26), und entsteht zwischen ihnen Streit zB über den Schulbesuch des Kindes, so steht der Mutter im Interesse des Kindes (§ 57 Abs 1 Nr 9 FGG) ggf ein Beschwerderecht zu (vgl dazu den vom LG und OLG Stuttgart entschiedenen Fall FamRZ 1962, 207, 208).
- 10 Der Vater kann von der Mutter das Kind gemäß § 1632 Abs 1 herausverlangen (vgl BGHZ 40,1 = NJW 1963, 2219 = FamRZ 1963, 560). Würde etwa ein solches Begehren des Vaters dem Wohle des Kindes widersprechen, so müßte das VormG dem Vater die Personensorge entziehen (§ 1666 Abs 1 S 1) und der Mutter diese übertragen (§ 1738 Abs 2, s dazu unten Rz 16).

III. Übertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter (Abs 2)

- 11 1. Nach Abs 2 *kann* das VormG eine solche Anordnung treffen; das Wort „kann“ bedeutet hier eine Befugnis des Gerichts – wäre die Vorschrift nicht vorhanden, so wäre eine solche Übertragung nicht möglich –, jedoch nicht (zugleich) eine Ermessensermächtigung. Liegen die Voraussetzungen für die Übertragung vor, so muß das Gericht eine entsprechende Entscheidung treffen.
- 12 Daher ist auch anzunehmen, daß die Mutter ein *Recht* auf die Übertragung der elterlichen Sorge hat, wenn die Voraussetzungen vorliegen (ebenso MünchKomm-HINZ Rz 6; GERNHUBER § 61 II 15; anders Odersky Anm III 3 Fn 1). Hierzu ist auch zu berücksichtigen, daß die Mutter die elterliche Sorge nicht auf Grund eines Fehlverhaltens verloren hatte, sondern durch die Zuordnung des Kindes zum Vater gemäß §§ 1723, 1736 (ebenso HINZ und GERNHUBER aaO; s noch zu § 1733 Abs 2 dort Rz 14).
- 13 Abs 2 ist auch (und zwar analog) anzuwenden, wenn die Ehelicherklärung gemäß § 1735 S 2 unwirksam (geworden) ist (s § 1735 Rz 22). Hier fällt also der Mutter die elterliche Sorge nicht automatisch wieder zu (so aber MünchKomm-HINZ Rz 5; ERMAN-HOLZHAUER Rz 2), was dann *rückwirkend* der Fall sein müßte! Die hier dargelegte Auffassung rechtfertigt sich aus den in §§ 1678 Abs 2, 1681, 1764 Abs 4 und gerade auch in § 1738 Abs 2 enthaltenen Rechtsgedanken, welche die Wiedererlangung der elterlichen Sorge von der Überprüfung der nun jeweils bestehenden tatsächlichen Situation (nach der Trennung von dem betreffenden Elternteil, mögliche Entfremdung, Möglichkeit der Betreuung des Kindes durch den anderen Elternteil) abhängig macht; damit wird auch eine Doppelzuständigkeit des Vormunds (zu dessen Zuständigkeit s sogleich) und der Mutter vermieden. Das VormG müßte – wenn Maßnahmen gemäß § 1846, wie wohl regelmäßig, oder die Bestellung eines Ergänzungspflegers (s §§ 1909, 1630 Abs 2) nicht ausreichen – nach dem Ende der elterlichen Sorge des Mannes auf Grund der auf § 1735 S 2 beruhenden Entscheidung einen Vormund für die Übergangszeit bestellen (§§ 1773, 1800 Abs 1), bis die Mutter die Sorge wieder tatsächlich übernehmen könnte.
- 14 2. Die Übertragung der elterlichen Sorge **setzt voraus**:
 - a) *Beendigung der elterlichen Sorge des Vaters durch Tod* (Beispiel: BayObLG FamRZ 1975, 219 [gekürzt in BayObLGZ 1975, 29 ohne Wiedergabe des maßgeblichen Sachverhalts] – da das Kind ein sehr großes Vermögen geerbt hatte, wurde ein Vermögenspfleger bestellt –) oder Todeserklärung (§ 1677) oder
 - b) *Ruhen der elterlichen Sorge des Vaters* (§§ 1673, 1674, s auch § 1675) wegen Geschäftsunfähigkeit oder auch beschränkter Geschäftsfähigkeit. Im letzteren Falle ist

die Rückübertragung ebenfalls zuzulassen (so auch ERMAN-HOLZHAUSER Rz 3; sowie schon Begründung des RegE, BT-Drucks V/2370, 75; JANSSEN-KNÖPFEL 315; anders MünchKomm-HINZ Rz 7; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2 a). Freilich könnte die Vorschrift des § 1728 Abs 2 dagegen sprechen, da es nicht sinnvoll erschiene, daß die Ehehlicherklärung in diesem Falle zugelassen würde, andererseits aber dann ein Vormund bestellt werden müßte (§§ 1673 Abs 2, 1773) – dazu, daß die Vorschrift des § 1728 verfehlt ist, s § 1728 Rz 6 –. Indes ist die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter, wenn diese zur Betreuung des Kindes in der Lage ist, gegenüber der Bestellung eines Vormunds und der Belassung der tatsächlichen Sorge beim Vater (s dazu § 1728 Rz 5 aE) vorzuziehen. Theoretisch möglich wäre es, die Mutter zum Vormund zu bestellen, was aber wenig sinnvoll wäre und schwerlich mit dem Sinn und Zweck der Regelung des § 1738 (Zuordnung des Kindes entweder zum Vater oder zur Mutter und Vermeidung eines Streits zwischen beiden) vereinbar wäre; dann wäre eine Anordnung nach Abs 2 entschieden vorzuziehen.

c) Das Gesetz nennt als weiteren Fall die *Entziehung der elterlichen Sorge* des Vaters 16 (§ 1666), wobei die Entziehung schon der *Personensorge* genügt, da diese den wichtigsten Teil der elterlichen Sorge (§§ 1626 Abs 1 S 2, 1631 Abs 1) betrifft.

d) Weiterhin ist Voraussetzung, obwohl dies das Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, 17 daß die *Mutter in der Lage* sein muß, *das Kind zu betreuen* oder die (durch zB die Großmutter des Kindes ausgeübte) Betreuung zu veranlassen und zu überwachen, in dem Sinne, daß die Mutter die Verantwortung für die Pflege und Erziehung des Kindes zu übernehmen in der Lage ist, dh, daß die Übertragung der Sorge auf die Mutter nicht dem Wohle des Kindes widerspricht (arg § 1707 S 2), maW daß in der Person der Mutter kein Hinderungsgrund entgegensteht (so auch GERNHUBER § 61 II 15; MünchKomm-HINZ Rz 6; etwas enger wohl ODESKY Anm III 3; dagegen sprach die Begründung des RegE [aaO] davon, Voraussetzung sei, daß die Übertragung dem Wohle des Kindes *diene* [!] – wäre dies der Fall, so hätte es ausdrücklich im Gesetz gesagt werden müssen –). Hier können auf jeden Fall keine strengeren Anforderungen gestellt werden, als im Falle des § 1707 S 2.

Der Übertragung kann nicht entgegenstehen, daß das Kind der Mutter in der Zwischenzeit (etwas) entfremdet ist; denn einem Vormund oder Pfleger stünde es idR 18 ebenfalls nicht näher (so auch GERNHUBER aaO, HINZ Rz 10) – es sei denn, Vormund oder Pfleger würde ein naher Verwandter des Vaters, mit dem das Kind laufenden Kontakt hatte –. Anders läge der Fall (nur) dann, wenn anzunehmen wäre, daß das Kind durch die Übernahme der Sorge durch die Mutter, durch ein Herausreißen aus der seitherigen Umgebung, psychisch schwer gefährdet würde (wobei dann aber, wie in sonstigen Fällen eines solchen Wechsels, evtl stufenweise Regelungen oder Übergangs-Regelungen in Betracht kämen).

e) Ob das VormG die Übertragung der elterlichen Sorge davon abhängig machen 19 kann, daß die Mutter die Bestellung eines Beistandes für bestimmte Angelegenheiten beantragt (§§ 1685, 1686, 1690), zB für die Verwaltung des Vermögens des Kindes (vgl etwa den vom BayObLG [Rz 14] behandelten Fall) – so die Begründung des RegE (aaO [s Rz 15]; ebenso ERMAN-HOLZHAUSER Rz 5; SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 5) –, ist sehr zweifelhaft (s MünchKomm-HINZ Rz 8 Fn 18).

Eine eingeschränkte Übertragung der elterlichen Sorge wäre jedoch nicht zulässig, 20 zB nur der Personensorge oder etwa, wenn die Mutter noch minderjährig ist, lediglich der tatsächlichen Personensorge (§ 1673 Abs 2 S 2); hier sind die gleichen Grundsätze anzuwenden wie im Falle der Regelung der elterlichen Sorge nach der Scheidung der Ehe (s zu § 1671 zB BayObLGZ 1967, 283 = NJW 1968, 452 = FamRZ 1968, 95).

21 3. Wirkungen der Übertragung

Durch die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter bleiben die sonstigen Wirkungen der Ehelicherklärung unberührt. Das Kind bleibt eheliches Kind, es bleibt nach dem Tode seines Vaters erbberechtigt (§ 1924). Sein Familienname bleibt bestehen, es sei denn, der Vater würde seinen Familiennamen ändern (§ 1737 S 3 iVm § 1617 Abs 2, 4 – s dazu § 1737 Rz 11, sowie auch 12 –).

Zur Unterhaltspflicht s § 1739 Rz 10 ff.

- 22 Der (volljährigen) Mutter steht die uneingeschränkte elterliche Sorge (§§ 1626 ff) zu, ebenso wie zuvor dem Vater (s dazu § 1736 Rz 4). Eine gleichzeitige Pflegerbestellung kommt nicht in Betracht, nicht mehr anwendbar ist zB § 1706. Doch kann die Mutter die Bestellung eines Beistandes beantragen (§§ 1685, 1686, 1690), zu ihrer Unterstützung in einzelnen Angelegenheiten.
- 23 Eine Einschränkung der elterlichen Sorge ist nur unter den sonst allgemein für einen ehelichen Elternteil zulässigen Voraussetzungen möglich, zB gemäß §§ 1629 Abs 2 S 3 (bei einer Interessenkollision), 1666 (bei Gefährdung des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls des Kindes), 1667 (bei Gefährdung des Vermögens des Kindes).
- 24 Gemäß § 1696 kann unter den dort vorgeschriebenen Voraussetzungen die Übertragung der elterlichen Sorge wieder rückgängig gemacht werden, zB wenn die elterliche Sorge des Vaters wegen längere Zeit währender tatsächlicher Verhinderung ruhte (§ 1674) und der Grund des Ruhens weggefallen ist.
- 25 Hat die Mutter die elterliche Sorge inne, so steht dem Vater nun das *Recht zum Umgang mit dem Kinde* zu (§ 1634 Abs 1) – § 1711 ist also nicht mehr anwendbar –, ebenso hat der Vater ein Auskunftsrecht gemäß § 1634 Abs 3.

26 IV. Verfahrensrechtliche Fragen

Die örtliche **Zuständigkeit** des VormG richtet sich nach §§ 43, 36 FGG. Funktionell zuständig ist der Richter (§ 14 Nr 15 RPfLG, für das württ Rechtsgebiet des Landes Baden-Württ § 37 Abs 1 Nr 16 LFGG). Das Verfahren ist ein Amtsverfahren, ohne daß es eines Antrags bedürfte.

- 27 Zur **Anhörung** der Eltern s § 50 a FGG, zur Anhörung des Kindes s § 50 b FGG, zur Anhörung des Jugendamtes s § 48 a Abs 1 Nr 9 JWG; zu amtswegigen Ermittlungen s § 12 FGG.

Die Entscheidung des VormG ist keine Ermessensentscheidung (s schon oben Rz 11).

- 28 Gegen den **Beschluß des VormG** findet die einfache Beschwerde statt (§ 19 FGG); im Falle der Übertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter sind gemäß § 20 Abs 1 FGG der Vater und das Kind beschwerdeberechtigt, im Falle der Ablehnung die Mutter – zum Rechtsanspruch der Mutter s oben Rz 12 – und das Kind. Hat das Kind das 14. Lebensjahr vollendet, so kann es das Beschwerderecht selbst wahrnehmen (§ 59 FGG). Ferner ist gegen die (anordnende oder ablehnende) Entscheidung gemäß § 57 Abs 1 Nr 9 FGG beschwerdeberechtigt, wer ein berechtigtes Interesse hat, die Angelegenheit (für das Kind) wahrzunehmen.

§ 1739

Der Vater ist dem Kinde und dessen Abkömmlingen vor der Mutter und den mütterlichen Verwandten zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet.

E I § 1598; II § 1623; III § 1715; Mot IV 949; Prot IV 716.

I. Allgemeines

1

Die Vorschrift (die von der Neuregelung des Nichtehelichenrechts durch das NEheLG unberührt geblieben ist) steht im Zusammenhang mit §§ 1723, 1736, 1738; dem Vater obliegen nun die Pflichten eines ehelichen Vaters, und damit trifft ihn die Unterhaltspflicht gemäß §§ 1601, 1606 (s hierzu SchlHOLG SchlHAnz 1981, 188). Er kann nun gemäß § 1612 Abs 2 S 1 die Art der Unterhaltsgewährung bestimmen; regelmäßig wird er dem Kinde Unterhalt im wesentlichen in natura gewähren. Die §§ 1615 a ff sind nun nicht mehr anwendbar.

Der Vater haftet gemäß § 1739 freilich nicht (mehr) gleichrangig anteilig wie die Mutter, sondern vor dieser, also in Abweichung von § 1606 Abs 3 S 1: Vor der Ehelicherklärung haftete der Vater allerdings bezüglich des *Regelunterhalts* (§ 1615 f) vorrangig vor der Mutter. 2

Zur nachrangigen Unterhaltspflicht der Mutter (§ 1739) und zu ihrer Auskunftspflicht (§ 1605) s SchlHOLG aaO.

§ 1739 durchbricht die Regel des § 1606 Abs 3 S 1 im Hinblick darauf, daß die Ehelicherklärung ihrem Sinn und Zweck entsprechend besonders enge Beziehungen zwischen Vater und Kind begründen soll – was freilich nicht schlüssig ist, wie GERNHUBER (§ 61 II 16) zutreffend hervorgehoben hat –; ferner steht hinter dieser Steigerung der Unterhaltspflicht des Vaters auch die Erwägung, es solle verhindert werden, daß der Vater die Ehelicherklärung um finanzieller Vorteile willen herbeiführt (s BT=Drucks V/2370, 74 re Sp; JANSEN-KNÖPFEL 312 – wo auch darauf hingewiesen wird, der Vater verbessere seine Rechtsstellung in unterhaltsrechtlicher Hinsicht auf jeden Fall insofern, als, wie erwähnt, der Vater keinen Regelunterhalt mehr zu leisten brauche und den Unterhalt in natura leisten könne –). 3

II. Reihenfolge der Unterhaltspflichtigen

1. § 1739 legt die vorrangige Unterhaltspflicht des Vaters ohne zeitliche Beschränkung fest, also auch für die Zeit nach der Volljährigkeit des Kindes, soweit und solange dieses unterhaltsbedürftig ist (s auch unten Rz 10 ff). 4

2. Die vorrangige Haftung des Vaters gilt auch für die Abkömmlinge des Kindes. 5

Der Vater haftet selbstverständlich nur unter der Voraussetzung der Bedürftigkeit des Kindes und seiner eigenen Leistungsfähigkeit (§§ 1602 Abs 1, 1603 Abs 1; s aber auch §§ 1602 Abs 2, 1603 Abs 2). Folge des Vorrangs seiner Haftung ist, daß die Mutter und die nach ihr haftenden mütterlichen Aszendenten (§ 1606 Abs 2) dem Kind und seinen Abkömmlingen erst dann Unterhalt zu gewähren haben, wenn er selbst leistungsunfähig ist oder die Rechtsverfolgung gegen ihn im Inland ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist (§§ 1603, 1607). 6

3. Im Gegensatz zum früheren Recht (s § 1737 Abs 1 S 1 HS 2 aF, dazu BÖKELMANN 7 in der VoraufI § 1737 Rz 4, 5, sowie auch oben § 1737 Rz 1) haben das Kind und seine Abkömmlinge Anspruch auf Unterhalt auch gegen die Eltern des Vaters, soweit er leistungsunfähig ist (§§ 1603, 1607).

4. Im umgekehrten Verhältnis zwischen Vater und Mutter einerseits und dem Kinde andererseits verbleibt es bei den allgemeinen Bestimmungen. Der Unterhaltsanspruch *beider* Elternteile gegen das für ehelich erklärte Kind und seine Abkömmlinge richtet sich also ohne Einschränkung nach den §§ 1601 ff. Unterschiede gegenüber einem ehelich geborenen Kinde ergeben sich insoweit nicht. Vater und Mutter stehen auf gleicher Linie. Sind sie beide bedürftig, so sind die zur Verfügung stehenden Mittel, wie sonst bei Gleichrangigkeit mehrerer Unterhaltsberechtigter, gleichmäßig unter ihnen zu verteilen. 8

- 9 Das Kind und seine Abkömmlinge sind ggf auch gegenüber den Eltern des Vaters unterhaltspflichtig, soweit die Voraussetzungen der Bedürftigkeit auf der einen Seite und der Leistungsfähigkeit auf seiten des Unterhaltspflichtigen vorliegen (im Gegensatz zum früheren Recht auf Grund der erwähnten Regelung des § 1737 Abs 1 S 1 HS 2 aF, s oben Rz 7).
- 10 5. Da die vorrangige Haftung des Vaters nach dem Wortlaut zeitlich unbegrenzt ist, gilt sie damit an sich auch dann, wenn die elterliche Sorge gemäß § 1738 Abs 2 auf die Mutter übertragen ist (!).
- 11 Ist das Kind minderjährig, lebt es nun nicht mehr im Haushalt des Vaters, ist es vielmehr bei der Mutter untergebracht und wird es von dieser betreut, so müßte somit der Vater auch für die Kosten aufkommen, die bei der Mutter entstehen, § 1606 Abs 3 S 2 wäre nicht anzuwenden! Brächte die sorgeberechtigte Mutter das (minderjährige) Kind bei Verwandten, die für den Unterhalt Ersatz ihrer Aufwendungen verlangen, oder in einem Heim oder Internat unter, so träfen den Vater (soweit er leistungsfähig ist) die gesamten Kosten! Dies, obwohl nun die Gründe weggefallen sind, die für die vorrangige Unterhaltspflicht des Vaters sprachen (s Rz 3). In der Begründung des RegE (aaO, 75; JANSEN-KNÖPFEL aaO [s Rz 3]) ist dazu nur gesagt, der Vater solle „durch die Umstände, die zum Entzug der Ausübung der elterlichen Gewalt geführt haben, keine wirtschaftlichen Vorteile erlangen“. Diese Erwägung vermag jedoch die dargelegten Folgen, die hierin liegende Benachteiligung, hinsichtlich der Unterhaltspflicht des Vaters nicht mehr zu rechtfertigen; vielmehr ist jedenfalls insoweit § 1739 als *gegen Art 3 Abs 2 GG verstoßend* zu beurteilen (ebenso GERNHUBER § 61 II 16; Bedenken auch bei MünchKomm-HINZ Rz 3; anders ERMAN-HOLZHAUER Rz 1). Richtigerweise sollte daher in diesen Fällen die Vorschrift des § 1739 einschränkend dahin ausgelegt und angewendet werden, daß sie im Falle der Übertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter (§ 1738 Abs 2) nicht gilt, die Mutter also ihre Unterhaltspflicht in der Regel durch die Pflege und Erziehung des Kindes erfüllt (§ 1606 Abs 3 S 2), die *Eltern* also *gleichrangig* gemäß § 1606 Abs 3 S 1 *haften*. Dies letztere muß auch dann gelten, wenn das Kind nach der Übertragung volljährig geworden ist und danach unterhaltsbedürftig geblieben ist (zB infolge der Berufsausbildung, etwa eines Studiums).
- 12 Konsequenterweise sollte § 1739 einschränkend allgemein auch in dem Falle ausgelegt und angewendet werden, daß das **volljährige Kind** unterhaltsbedürftig geblieben ist, dh, daß § 1739 nur für das minderjährige Kind gilt, wenn der Vater die elterliche Sorge innehat.
- 13 6. Ist der Vater nach der Antragstellung (§ 1723) gestorben, wurde das Kind aber dennoch für ehelich erklärt (§ 1733 Abs 2) oder ist er später gestorben und wurde die elterliche Sorge für das noch minderjährige Kind auf die Mutter übertragen oder wurde für das Kind ein Vormund bestellt (§ 1773), so ist § 1739 nicht anzuwenden, da die Unterhaltspflicht des Vaters mit seinem Tode erloschen ist (§ 1615 Abs 1). In diesem Falle ist die Mutter vor den Großeltern des Kindes (mütterlicher- und väterlicherseits) unterhaltspflichtig (§ 1606 Abs 2, 3).

§ 1740

Aufgehoben durch NEheLG Art 1 Nr 37 (entbehrlich geworden durch die Neufassung des § 1683).

7. Titel. Legitimation nichtehelicher Kinder

III. Ehelicherklärung auf Antrag des Kindes

§ 1740 a

Ein nichteheliches Kind ist auf seinen Antrag vom Vormundschaftsgericht für ehelich zu erklären, wenn die Eltern des Kindes verlobt waren und das Verlöbnis durch Tod eines Elternteils aufgelöst worden ist. Die Ehelicherklärung ist zu versagen, wenn sie nicht dem Wohle des Kindes entspricht.

Die Vorschriften des § 1724, des § 1730, des § 1733 Abs 1, 3 und des § 1735 gelten entsprechend.

NEhelG Art 1 Nr 38; SorgeRG Art 1 Nr 43.

Schrifttum

BOEHMER, Das Problem der Brautkinder im deutschen und schweizerischen Recht, NJW 1963, 1945; BÖKELMANN, Zur Reform des Legitimationsrechts, FamRZ 1966, 546; DIECKMANN, Probleme des Legitimationsrechts, StAZ 1983, 297; GÖPPINGER, Die Reform des Rechts der unehelichen Kinder, JR 1967, 125; GRASNICK, Das Problem der Brautkinder bei der Reform des Unehelichenrechts, NJW 1967, 329; KNÖPFEL, Der Referentenentwurf eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder, FamRZ 1966, 273 (282 f); KNUR, Zur Reform des Unehelichenrechts, FamRZ 1967, 245 = DNotZ 1967, 278; KOLLHOSSER, Kritische Bemerkungen zu einigen Verfahrensregeln des Nichteelichengesetzes (§§ 1740 d BGB, 55 b I, III, 56 b II FGG), FamRZ 1970, 625; SIMITIS, Die Ehelicherklärung auf Antrag des „Brautkindes“ im Referentenentwurf für ein neues Unehelichengesetz, FamRZ 1967, 78.

Systematische Übersicht

I. Entstehungsgeschichte, Allgemeines

1. Entstehungsgeschichte 1
2. Allgemeines
- a) Zum Unterschied der Voraussetzungen gegenüber § 1723 2
- b) Tod des Vaters oder der Mutter 3
3. Wirkung der Ehelicherklärung, Allgemeines 11

lebenden Elternteils, Einwilligung des Ehegatten des Kindes? 29

f) Verlöbnis der Eltern 32

g) Wohl des Kindes 37

II. Voraussetzungen

1. Grundsätzliches 15
2. Die Voraussetzungen im einzelnen
- a) Nichteelichkeit des Kindes, vorausgegangene Adoption? 16
- b) Feststellung der Vaterschaft 19
- c) Antragstellung durch das Kind 20
- d) Einwilligung des überlebenden Elternteils 26
- e) Einwilligung des Ehegatten des über-

III. Verfahrensrechtliche Fragen

1. Zuständigkeit 40
2. Antragsverfahren 41
- a) Beteiligte 42
- b) Rechtliches Gehör und Anhörung zur Aufklärung des Sachverhalts 43
- c) Tod des Kindes 45
3. Amtsermittlung 46
4. Beschluß 47
5. Rechtsmittel 51
6. Gerichtsgebühren? 54

IV. Tätigkeit des Standesbeamten 55

Alphabetische Übersicht

- Adoption 17 f
- Amtsermittlung 46
- Amtspflegschaft 6, 8
- Amtsvormundschaft 8
- Anhörungen 46
- Antrag des Kindes 15, 20 ff
- Bedingung, Befristung? 15

- Form 15
- Frist nach Tod des Vaters 7
- Rechtsnatur 25
- Antrag des Vaters 24
- Antragsverfahren 41
- Aufklärung des Sachverhalts 44, 46

Beschluß, Bekanntmachung 47
 – Inhalt 48 f
 – Wirksamwerden 48 f
 Beschwerde 51 ff
 Beschwerdefrist 49
 Beteiligte 42 f, 49, 52 f

Eheähnliche Gemeinschaft 11, 33, 37
 Ehegatte des Kindes 31
 – des überlebenden Elternteils 29 f
 Ehelicherklärung, Beschluß 47 ff
 – Mängel 12
 – Unwirksamkeit 14
 – Voraussetzungen 15 ff
 – Wirkungen 5, 8 ff, 11 ff
 Einwilligungen 15, 26 ff
 – Bedingung, Befristung? 15
 – Form 15
 Elterliche Sorge der Mutter 6, 10
 – das Vaters 2, 5
 Erbrecht des Kindes 7, 9 f, 38

Feststellung der Vaterschaft 7, 15, 19
 Formelle Rechtskraft 49

Gerichtsgebühren 54
 Geschäftsunfähigkeit eines Verlobten 36
 Gesetzlicher Vertreter des Kindes 23

Jugendamt 8, 46

Kind, Antrag 15, 20 ff (s auch dort)
 – Anhörung 46
 – (Haupt-)Bezugsperson 37
 – Tod 45

Nichtehelichkeit 15 f

Objektive Beweislast 35, 37

„Postmortale Ehe“ 11

Rechtliches Gehör 43
 Rückwirkende Gestaltung familienrechtlicher
 Rechtsverhältnisse 10

Schwerwiegende Gründe? 2, 39, 53
 Standesamt 55
 Statusänderung 13

Tod beider Eltern 15
 – des Kindes 45
 – der Mutter 3 ff, 8 ff
 – des Vaters 2, 4 ff, 9 f

Überlebender Elternteil, beschränkte Ge-
 schäftsfähigkeit 42
 – Einwilligung 15, 26 ff
 Unterhaltspflicht 10

Verfahrenspfleger 42
 Verlöbnis 1 f, 32 ff, 44
 Volljähriges Kind 22, 38
 Voraussetzungen §§ 1723, 1740 a im Vergleich
 2
 Vormund 8

Wohl des Kindes 2, 5, 37 f

Zuständigkeit 40

I. Entstehungsgeschichte, Allgemeines

- 1 1. Die Ehelicherklärung der „Brautkinder“ wurde durch das NEhelG geschaffen (s Vorbem 46 zu § 1705 und Vorbem 18 ff zu § 1719). Sie hat indes nur ganz geringe praktische Bedeutung (s DIECKMANN StAZ 1983, 297, 301; s auch Vorbem 47 zu § 1705). Zu §§ 1740 a ff sind nur ganz wenige gerichtliche Entscheidungen bekannt geworden (s unten Rz 32 zur Frage eines wirksamen Verlöbnisses und zu namensrechtlichen Fragen § 1740 g Rz 2, 6, 12).
- 2 2. a) Die Voraussetzungen der Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters und der Antrag des Kindes unterscheiden sich, was nicht nur unnötige Komplikationen zur Folge hat, sondern auch sachlich nicht gerechtfertigt ist und schwerlich einleuchtet (s schon BÖKELMANN FamRZ 1966, 546, 550; GÖPPINGER JR 1967, 125, 128; DRiZ 1970, 177, 178; s auch SIMTIS FamRZ 1967, 78, 84). § 1723 setzt voraus, daß die Ehelicherklärung (auf Antrag des Vaters) dem Wohle des Kindes entspricht (wie § 1734 aF) und ihr keine schwerwiegenden (§ 1734 aF: keine triftigen – s § 1723 Rz 2 –) Gründe entgegenstehen. Demgegenüber besagt § 1740 a nur, die Ehelicherklärung sei zu versagen, wenn sie nicht dem Wohle des Kindes entspreche. Die Argumentation der Begründung des RegE (s Vorbem 19 zu § 1719) ist in der Allgemeinheit nicht richtig: Es ist sehr wohl denkbar, daß die Verwandten des Vaters mit

der Ehelicherklärung nicht einverstanden sind und daß es darüber zwischen den beiden Familien zu Auseinandersetzungen kommt (s BÖKELMANN aaO, vgl auch zu § 1600 n Abs 2 und § 55 b FGG § 1600 n Rz 60). So ist nicht einzusehen, weshalb hier die Familie des Vaters weniger schutzwürdig sein soll als im Falle der Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters, wobei zu beachten ist, daß die Interessen der Familie des Vaters auch in dem Falle zu berücksichtigen sind, daß die Ehelicherklärung *nach dem Tode des Vaters* ausgesprochen wird (§ 1733 Abs 2, s § 1723 Rz 35). Sind im Falle der Ehelicherklärung gemäß § 1740 a die Verwandten des verstorbenen Vaters dem Kinde gegenüber nicht freundlich gesinnt, so kann dies möglicherweise zur Folge haben, daß die Ehelicherklärung nicht dem Wohle des Kindes entspricht. Die Verwandten des Vaters sind gegen die Entscheidung beschwerdeberechtigt (§ 56 b Abs 2 FGG – s dazu unten Rz 52 –); doch können sie gerade nicht vorbringen, gegen die Ehelicherklärung sprächen schwerwiegende Gründe (s dazu unten Rz 39), was zeigt, wie wenig durchdacht die vorliegende Regelung ist (s schon GÖPPINGER aaO). Richtig ist zwar, daß wenn nach dem Verlöbnis die Eheschließung zustande gekommen wäre, die Verwandten nichts gegen eine Legitimation des Kindes (§ 1719) hätten unternehmen können (so JANSEN-KNÖPFEL 322). Indes ist eben durch den Tod des Vaters des Kindes eine andere Situation eingetreten.

b) Das Gesetz läßt die Ehelicherklärung auf Antrag des Kindes in gleicher Weise zu, 3 wenn die Mutter gestorben ist. Die Begründung des RegE hierzu (s Vorbem 20 zu § 1719) kann nicht überzeugen. Will der Vater nicht die Ehelicherklärung beantragen, so besteht kein Bedürfnis dafür, dann dem Kinde ein Antragsrecht einzuräumen (so auch schon SMITIS FamRZ 1967, 78, 84). Gegen die Ehelicherklärung können hier die Eltern der verstorbenen Mutter des Kindes mit der Beschwerde geltend machen, die Ehelicherklärung entspreche nicht dem Wohle des Kindes.

Das Gesetz hat hier einheitliche Regelungen geschaffen für den Fall des Todes des 4 Vaters wie den des Todes der Mutter, ohne zu berücksichtigen, welche wesentlichen Unterschiede hier bestehen:

Die Begründung des RegE (BT-Drucks V/2370, 77; JANSEN-KNÖPFEL 326) hatte zur 5 Zustimmung des überlebenden Elternteils (§ 1740 b) darauf hingewiesen, dieses Erfordernis sei deshalb angebracht, weil dem überlebenden Elternteil Rechte und Pflichten (nämlich die uneingeschränkte elterliche Gewalt) aufgebürdet würden, diese solle er nicht erhalten, wenn er sie nicht übernehmen wolle. Eine Ersetzung der verweigerten Einwilligung komme nicht in Betracht, weil es wohl kaum dem Wohle des Kindes dienen würde, wenn der überlebende Elternteil entgegen seinem Willen die uneingeschränkte elterliche Gewalt erlangen würde. Falls die Mutter gestorben sei, so dürften dem Vater nicht Rechte und Pflichten zugeteilt werden, die ihm ohne den Tod der Mutter gegen seinen Willen nicht auferlegt werden könnten.

Ist der **Vater gestorben** und wird das Kind für ehelich erklärt, so ändert sich an den 6 Rechten und Pflichten der Mutter nur wenig oder gar nichts. Bestand die Amtspflegschaft noch, so entfällt sie nun (s § 1740 f Rz 9); der Mutter stehen dann auch die in § 1706 geregelten Rechte zur Vertretung des Kindes in den betreffenden Angelegenheiten zu. War der Mutter zuvor schon die Wahrnehmung dieser Befugnisse übertragen worden (§ 1707 S 1 Nr 1, 2), so verändert sich ihre Rechtsstellung insoweit gar nicht (s auch § 1740 f Rz 8, sowie § 1733 Rz 14).

Der **Antrag** des Kindes auf Ehelicherklärung kann hier nur **binnen Jahresfrist** nach 7 dem Tode des Vaters gestellt werden (§ 1740 e Abs 1. Näheres zu dieser komplizierten Regelung s dort Rz 3 ff). Ist das Kind erst nach dem Tode des Vaters geboren, so muß der Antrag innerhalb eines Jahres nach der Feststellung der Vaterschaft (Anerkennung, § 1600 b Abs 2, oder gerichtliche Entscheidung) gestellt werden. Diese Regelungen hängen mit dem Erbrecht des Kindes zusammen; sie haben zur Folge,

daß das Kind, wenn es beim Tode des Vaters älter als 6 Monate alt ist und die Vaterschaft noch nicht festgestellt ist oder der Antrag auf gerichtliche Feststellung noch nicht gestellt ist, den Antrag auf Ehelicherklärung nicht mehr stellen kann (und auch nicht mehr erbberechtigt ist, s dazu § 1706 Rz 21). Damit zerfallen die Brautkinder also in zwei Gruppen (worauf auch GERNHUBER § 61 III 3 hingewiesen hat): die eine, die noch für ehelich erklärt werden kann, und die andere, bei der die Ehelicherklärung nicht mehr zulässig ist!

Zum *Familiennamen* s § 1740 f (Näheres s dort), sowie zum Familiennamen des überlebenden Elternteils und zu der Möglichkeit der Änderung § 1740 g (Näheres dort).

- 8 Ist die **Mutter gestorben**, so wird das Jugendamt, wenn es noch Amtspfleger war, Amtsvormund (§ 1791 c Abs 2, s § 1705 Rz 23); bestand die Amtspflegschaft nicht mehr, so bedarf das Kind zunächst eines Vormunds (§ 1773). Der Vater erlangt dann mit der Rechtskraft des auf den Antrag des Kindes ergangenen Beschlusses der Ehelicherklärung (§ 56 b Abs 1 FGG, s dazu unten Rz 49) die elterliche Sorge. Für den Antrag des Kindes auf Ehelicherklärung besteht hier keine Frist. Zu *namensrechtlichen Folgen* s §§ 1740 f Abs 2, 1740 g (Näheres jeweils dort).
- 9 *Unterschiede* zwischen den Fällen des Todes der Mutter oder des Vaters bestehen noch bezüglich der Verweisung des § 1740 a Abs 2 auf § 1733 Abs 3: Während die Verweisung auf §§ 1724, 1730 unabhängig davon ist, ob der eine oder der andere Elternteil gestorben ist, hat die Verweisung auf § 1733 Abs 3, die analoge Anwendung dieser Vorschrift nur Bedeutung **im Falle des Todes des Vaters**. Schon JANSEN-KNÖPFEL hatten dazu dargelegt (332): die Ehelicherklärung wirke nicht allgemein auf den Tag vor dem Tod des Vaters oder der Mutter zurück; dies würde die Rechtsunsicherheit zwischen Tod und Rechtskraft der Entscheidung unnötig erhöhen; der RegE begnüge sich mit der fingierten Rückwirkung des § 1733 Abs 3, die wegen des Erbrechts nach dem Vater geboten erscheine; sei die Mutter gestorben, so trete keine Rückwirkung ein, auch bei der nachfolgenden Eheschließung der Eltern trete keine Rückwirkung ein, das für ehelich erklärte Brautkind könne nicht besser gestellt werden als ein durch nachfolgende Ehe legitimates Kind. Dagegen vertreten PALANDT-DIEDERICHSEN (§ 1740 a Anm 4) und ERMAN-HOLZHAUER (§ 1740 f Rz 2) die (unrichtige) Auffassung, die Ehelicherklärung wirke, wie wenn sie vor dem Tode des Elternteils erfolgt wäre.
- 10 Die hier dargelegte Auffassung ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Nach dem Tode der Mutter ist das Kind erbberechtigt, ob es ehelich oder nichtehelich ist (§ 1924); hinsichtlich der elterlichen Sorge hat § 1733 Abs 3 hier keine Bedeutung (s Rz 8). Nach dem Tode des Vaters wäre das Kind dagegen ohne diese Regelung – man vergleiche hinsichtlich einer solchen fingierten Rückwirkung auch § 1923 Abs 2 – nicht erbberechtigt, ebenso nicht, wenn etwa nach dem Tode des Vaters noch (vor der Ehelicherklärung) ein Elternteil des Vaters gestorben ist. Hatte der Vater etwa in einer früheren letztwilligen Verfügung das Kind übergangen, so ist dieses evtl gemäß § 2079 berechtigt, die Verfügung anzufechten (vgl DAMRAU BB 1970, 469, 471 ff; auch KNUR FamRZ 1970, 269, 274). Auf die elterliche Sorge der Mutter hat der Tod des Vaters keinen Einfluß (s Rz 6). Die Mutter ist nun gegenüber dem Kinde allein unterhaltspflichtig, und zwar schon seit dem Tode des Vaters; soweit sie nicht leistungsfähig ist, sind die beiderseitigen Großeltern unterhaltspflichtig (§§ 1601, 1606).

Auch auf das Namensrecht hat die Verweisung des § 1740 a Abs 2 auf § 1733 Abs 3 keinen Einfluß (s dazu § 1740 f Rz 15).

Aus diesen Erwägungen geht hervor, daß die analoge Anwendung des § 1733 Abs 3 hier nur Bedeutung hat hinsichtlich der *erbrechtlichen Ansprüche* des Kindes *nach*

dem Tode des Vaters (ebenso im Ergebnis – ohne auf das Problem näher einzugehen – Odersky § 1740 a Anm IV 2, MünchKomm-Hinz § 1740 a Rz 15, § 1740 e Rz 1; wohl auch Gernhuber § 61 III 3, Soergel-Roth-Stielow § 1740 f Rz 3).

Im übrigen wird man im Familienrecht auch von dem Grundsatz ausgehen müssen, daß Vorschriften, aus denen sich Rückwirkungen ergeben oder die Rückwirkungen fingieren, *nicht ausdehnend ausgelegt* oder in weiterem Umfange, als in anderen Vorschriften ausdrücklich festgelegt, *nicht analog angewendet* werden dürfen.

3. Die Ehelicherklärung hat die **Wirkung**, daß das Kind einem Kinde gleichsteht, das durch Eheschließung seiner Eltern ehelich geworden ist (§ 1740 f Abs 1, s auch dort Rz 1, 6 ff). Berücksichtigt man noch die Regelungen der §§ 1740 f Abs 2, 1740 g, so wird deutlich, daß diese Ehelicherklärung zum *Problemkreis der postmortalen Ehe* gehört (so zutreffend Gernhuber § 61 III 2, 6) und vor allem dazu dienen soll, dem Kind den „Makel“ der nichtehelichen Geburt zu nehmen – und das in einer Gesellschaft, die gerade das nichteheliche Kind vor gesellschaftlicher Diskriminierung bewahren will (Dieckmann StAZ 1983, 297, 301; s ferner Gernhuber § 61 III 7; Beitzke § 32 II 2 und Vorbem 46 vor § 1705). Waren der gestorbene und der überlebende Elternteil miteinander verlobt und hatten sie in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt, so ermöglichen die §§ 1740 a, 1740 f, 1740 g nachträglich, den Anschein zu erwecken, das Kind entstamme einer durch den Tod eines Elternteils aufgelösten Ehe (vgl Strätz FamRZ 1980, 301, 306), womit im Ergebnis das eheähnliche Verhältnis legalisiert wird.

Der überlebende Elternteil steht also einer Witwe bzw einem Witwer gleich (s § 1740 f Rz 2, sowie auch § 1740 g Rz 5).

Die Ehelicherklärung bleibt wirksam, auch wenn ihr Mängel anhaften (§ 1740 a Abs 2 iVm § 1735 S 1, s dazu dort Rz 7 ff).

Mit der Wirksamkeit der Entscheidung (s unten Rz 49) tritt die mit der Ehelicherklärung bezweckte **Statusänderung** ein, diese Rechtsgestaltung wirkt für und gegen alle, ist also allgemein bindend (s § 1723 Rz 50). Hier bedarf es daher auch keiner teilweisen analogen Anwendung des § 1593 (vgl aber zu § 1719 dort Rz 35 ff).

Jedoch ist die Ehelicherklärung rückwirkend unwirksam, wenn rechtskräftig festgestellt wird, der Mann sei nicht der (leibliche) Vater des Kindes (§ 1740 a Abs 2 iVm § 1735 S 2, s dort Rz 19 ff).

II. Voraussetzungen

1. Die Ehelicherklärung setzt voraus, daß ein *nichteheliches Kind* einen Antrag gestellt, der *überlebende Elternteil* die *Einwilligung* erteilt hat (zur Frage der Einwilligung weiterer Personen s unten Rz 29 ff), Antrag und Einwilligungserklärung notariell beurkundet sind (§ 1740 a Abs 2 iVm § 1730 – dazu s dort Rz 1 ff –) und keine Bedingung oder Zeitbestimmung enthalten (§ 1740 a Abs 2 iVm § 1724 – dazu s dort Rz 4 –) und die Eltern des Kindes verlobt waren und das Verlöbnis durch den Tod des einen Verlobten aufgelöst wurde (dazu Rz 32 ff). Die Ehelicherklärung ist aber auch zulässig, wenn **beide Elternteile gestorben** sind (arg § 43 a Abs 3 S 2 aE FGG).

2. Die Voraussetzungen im einzelnen

a) Das Kind muß **nichtehelich** sein (s dazu Vorbem 3 zu § 1600 a, sowie § 1719 Rz 10).

Hat ein Dritter das Kind **adoptiert**, so ist es nicht mehr nichtehelich; eine Ehelicherklärung scheidet daher aus (ebenso Gernhuber § 61 III 2; MünchKomm-Hinz Rz 2;

anders ERMAN-HOLZHAUER Rz 3, PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1, jeweils unter Berufung auf die – zum früheren Adoptionsrecht ergangene – Entscheidung des AmtsG Tübingen FamRZ 1974, 161). Denn das Kind ist voll in die Familie des (oder der) Annehmenden eingegliedert und hat die volle Rechtsstellung eines ehelichen Kindes (s §§ 1754, 1755 Abs 1 S 1). Die Ehelicherklärung ist vielmehr erst und nur möglich, wenn das Adoptionsverhältnis aufgehoben ist (vgl § 1719 S 2, der hier entsprechend anzuwenden ist, zu § 1719 S 2 s dort Rz 11 ff).

- 18 Hatte die Mutter oder der Vater das Kind adoptiert (§ 1741 Abs 3 S 2), so ist § 1719 S 2 analog anzuwenden; hier ist also die Ehelicherklärung für zulässig zu halten (ebenso wohl HINZ aaO, zu § 1719 S 2 s dort Rz 15 f).
- 19 b) Die **Vaterschaft** muß (grundsätzlich) **festgestellt** sein (s dazu auch § 1719 Rz 21, 27; § 1723 Rz 9) – zu dem Ausnahmefall, daß das Kind erst nach dem Tode des Vaters geboren ist, s § 1740 e Rz 8 –
- 20 c) Das Kind muß einen **Antrag** stellen (s dazu schon Rz 15).
- 21 Der Antrag kann *nicht vor der Geburt des Kindes* durch einen Pfleger für die Leibesfrucht (§ 1912) gestellt werden – dieser kann zwar einer Vaterschaftsanerkennung zustimmen (s § 1600 b Rz 13, § 1600 c Rz 14), jedoch ist anzunehmen, daß die Ehelicherklärung ein lebendes Kind voraussetzt (arg § 1740 e, s auch zu § 1723 Rz 18); hier liegt eine andere Situation vor als im Falle des § 1719 (s dort Rz 9); würde die Ehelicherklärung vor der Geburt des Kindes ausgesprochen, so wäre sie bedingt und damit unwirksam, s oben Rz 15 –.
- 22 Den Antrag kann auch ein schon **volljähriges Kind** stellen (arg § 1740 c S 2; Beispiel: AmtsG Tübingen FamRZ 1974, 161; zu weiteren Voraussetzungen s Rz 38).
- 23 Die überlebende Mutter ist nicht antragsberechtigt; ist sie jedoch gesetzliche Vertreterin des Kindes, welches geschäftsunfähig ist (§ 104 Nr 1) oder das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (§ 1740 c S 1), so hat sie über die Antragstellung zu entscheiden; hat das Kind das 14. Lebensjahr vollendet, aber noch nicht das 18. Lebensjahr (§ 2), so obliegt ihr die Zustimmung zu dem Antrag des Kindes (§ 1740 c S 2); Näheres s dort Rz 3.
- 24 Der überlebende Vater ist zwar antragsberechtigt, doch erfordert die Ehelicherklärung dann die Voraussetzungen des § 1723. Stellen das Kind und der überlebende Vater den Antrag, so hat das VormG zunächst über den Antrag des Kindes zu entscheiden – wobei dann der Antrag des Vaters (wenn er die Formerfordernisse erfüllt) als Einwilligung iS des § 1740 b Abs 1 S 1 auszulegen und zu behandeln ist –; die Ehelicherklärung auf Antrag des Kindes ist in ihren Wirkungen stärker (s § 1740 f Rz 1 f) und in ihren Voraussetzungen geringer (s zum letzteren oben Rz 2, zu dem Verhältnis der beiden Anträge Vorbem 20 zu § 1719, JANSEN FGG § 56 b Rz 3).
- 25 Der Antrag ist **Verfahrensantrag und Sachantrag** (s dazu § 1723 Rz 10); er ist ebenso wie der Antrag des Vaters (§ 1723 – s dort Rz 10 ff –) Verfahrenshandlung und materiellrechtliches Rechtsgeschäft (Willenserklärung) – ebenso GERNHUBER § 61 III 3 –.
- 26 d) Erforderlich ist die Einwilligung des **überlebenden Elternteils** (§ 1740 b Abs 1, s auch dort Rz 1 ff), wobei auch zu beachten ist, daß durch die Ehelicherklärung des Kindes die *Rechtsposition des Elternteils* ebenfalls beeinflusst wird: Er wird *ehelicher Elternteil* und tritt in *schwägerschaftliche Beziehungen zu den Verwandten des verstorbenen Elternteils* (s auch § 1590 Abs 2). Vorgeschrieben ist die Einwilligung auch dann, wenn das Kind schon volljährig ist (s hierzu auch unten Rz 38). Zu den unterschiedlichen Rechtspositionen des überlebenden Elternteils, wenn das Kind noch minderjährig ist, s oben Rz 5 ff.

- Das Erfordernis der Einwilligung des *überlebenden Vaters* des minderjährigen Kindes ist sachgerecht, da ihm nicht gegen seinen Willen die elterliche Sorge für das Kind aufgebürdet werden kann (s oben Rz 5). 27
- Das Erfordernis der Einwilligung der *überlebenden Mutter* des minderjährigen Kindes ist als sachlich gerechtfertigt zu beurteilen, wenn sie – soweit die Amtspflegschaft noch bestand – nun die volle elterliche Sorge erwirbt (s oben Rz 6). Im übrigen hat die Ehehelerklärung des Kindes noch Auswirkungen auf die eigene Rechtsstellung der Mutter (s Rz 26). 28
- e) Eine gesetzliche Regelung über eine Einwilligung des **Ehegatten des überlebenden Elternteils** fehlt. Dieser Fall wurde bei Schaffung der neuen Regelungen nicht bedacht. Vielmehr ging man davon aus, daß eine bestehende Ehe der Gültigkeit des Verlöbnisses entgegenstünde (s JANSEN-KNÖPFEL 325). Indes ist es ja denkbar, daß der überlebende Elternteil sich nach dem Tode des Verlobten verheiratet hat – was für den Fall, daß die Mutter überlebender Elternteil ist, in § 1740 g S 3 idF des NEhelG aber berücksichtigt wurde (s § 1740 g Rz 1; zu der späteren Änderung des § 1740 g durch das 1. EheRG s dort Rz 3) –. 29
- Diese Gesetzeslücke (im Hinblick auf das dargelegte Versehen des Gesetzgebers) muß dadurch geschlossen werden, daß die Einwilligung des Ehegatten des überlebenden Elternteils in analoger Anwendung des § 1726 Abs 1 S 2 (vgl auch zur Adoption § 1749 Abs 1 S 1) als erforderlich beurteilt wird (ebenso ERMAN-HOLZHAUER § 1740 a Rz 8; DIECKMANN StAZ 1982, 266, 274, sowie für den Fall, daß der Vater überlebender Elternteil ist, GERNHUBER § 61 III 4 Fn 7; ODESKY § 1740 a Anm II 4; anders MünchKomm-HINZ § 1740 a Rz 8; SOERGEL-ROTH-STIELOW § 1740 a Rz 5; JANSEN § 56 b FGG Rz 8; KNUR FamRZ 1970, 269, 274). Denn das Kind ist sein Stiefkind, regelmäßig wird ihm praktisch die Betreuung des Kindes (zumindest teilweise oder zeitweise) mitobliegen; übrigens können sich auch in namentrechtlicher Hinsicht Konsequenzen ergeben (s § 1740 f Rz 20 f). 30
- Ist das **Kind** bereits **verheiratet**, so ist die Einwilligung seines Ehegatten als nicht erforderlich anzusehen (so auch JANSEN aaO). Eine analoge Anwendung des § 1749 Abs 2 kann wegen der verschiedenen Situation der Eheleute in diesen Fällen (bei der Adoption Begründung eines neuen familienrechtlichen Verhältnisses) nicht in Betracht gezogen werden. 31
- f) Die Eltern des Kindes müssen **rechtsgültig verlobt** gewesen sein (s OLG Hamm FamRZ 1971, 321 = Rpfleger 1971, 218; LG Kassel DAVorm 1974, 119). Dies ist nicht der Fall, wenn ein Teil noch mit einem anderen Partner verheiratet ist (OLG Hamm aaO; unklar MünchKomm-HINZ Rz 6 unter Berufung auf Bosch FamRZ 1970, 157, 163 – es fehle *idR* an einem gültigen Verlöbniß [ein gültiges Verlöbniß ist auch dann nicht anzunehmen, wenn der eine Teil in einer vernichtbaren Ehe lebt, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt ist, § 23 EheG, nämlich vor Auflösung des Verlöbnisses durch den Tod des anderen Partners] –). An der Nichtigkeit des Verlöbnisses ändert der Umstand nichts, daß ein Ehescheidungsverfahren betrieben wird (BayObLG NJW 1983, 831 = JR 1984, 125 m Anm STRÄTZ). War das Verlöbniß unter der Bedingung eingegangen worden, daß eine Schwangerschaft eintrete, und war dies dann der Fall, so wird das Verlöbniß als gültig anzusehen sein (so auch ODESKY Anm III 1 b), wenn nicht sonstige Gründe für eine Sittenwidrigkeit (§ 138) sprechen. 32
- Das VormG muß prüfen und ermitteln, ob ein Verlöbniß vorlag, wofür etwa eine entsprechende Bekanntmachung, Briefe und Bekundungen von Angehörigen sprechen können; die Anschaffung von Möbeln, die Anmietung oder der gemeinsame Erwerb einer Wohnung bzw Eigentumswohnung ist dafür heutzutage im Hinblick auf die weite Verbreitung eheähnlicher Gemeinschaften kein sicheres Indiz mehr 33

(vgl GERNHUBER § 8 II 9). Umstritten ist, ob ein Verlöbnis gültig ist, wenn ein Beteiligten noch minderjährig ist (was wohl zu verneinen ist, s GERNHUBER § 8 I 5 mwH).

- 34 *Das Verlöbnis muß im Zeitpunkt des Todes des einen Verlobten noch bestanden haben und erst durch den Tod aufgelöst worden sein*; eine Auflösung aus anderen Gründen reicht nicht aus (s BT-Drucks V/2370, 77; JANSEN-KNÖPFEL 324; SIMITIS FamRZ 1967, 78, 82; DIECKMANN StAZ 1983, 297, 301). Das Verlöbnis braucht nicht bei der Geburt des Kindes bestanden zu haben; es genügt zB auch, daß die Eltern sich erst Jahre danach verlobt haben. Wurde aber die Eheschließung sehr lange verzögert, so kann dies gegen eine ernsthafte Absicht einer Eheschließung sprechen (RegE aaO; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2 b; s auch BayObLG FamRZ 1983, 1226; anders wohl GERNHUBER § 61 III 2 – „mag auch nicht gefragt werden, ob es wirklich ohne den Tod eines Verlobten zur Eheschließung gekommen wäre“ –).
- 35 Die Feststellungslast (objektive Beweislast) dafür, daß die erwähnten Voraussetzungen vorliegen, obliegt dem Kinde (so auch JANSEN FG § 56 b Rz 10).
- 36 Dem Todesfall ist nicht gleichgestellt der Fall, daß ein Elternteil nach der Verlobung geschäftsunfähig geworden ist und daher eine Ehe nicht geschlossen werden kann (§ 2 EheG), so auch die Begründung des RegE (aaO).
- 37 g) Die Begründung des RegE ging davon aus, die Ehelicherklärung diene hier regelmäßig dem **Wohle des Kindes** (s JANSEN-KNÖPFEL 323; zur Bedeutung des Begriffs s § 1707 Rz 15). Daher wurde die Gesetz gewordene Formulierung gewählt. Sie bedeutet, daß wenn das Gericht nicht feststellen kann, die Ehelicherklärung entspreche nicht dem Wohl des Kindes, wenn also Zweifel bestehen, dem Antrag stattzugeben ist; ein non liquet führt also zum Ausspruch der Ehelicherklärung (ebenso JANSEN aaO Rz 11). ZT wird angenommen (s GERNHUBER § 61 III 4 aE; ERMAN-HOLZHAUER Rz 7; MünchKomm-HINZ Rz 10), es bestehe eine tatsächliche Vermutung dafür, daß die Ehelicherklärung das Wohl des Kindes fördere bzw ihm entspreche. Indes muß unterschieden werden, ob die Mutter oder der Vater der überlebende Elternteil ist (s auch HINZ aaO). Ist es die Mutter und hat sie auch das Kind betreut oder mitbetreut, so kann freilich ohne weiteres angenommen werden, daß gegen die weitere Betreuung durch sie und damit gegen die Ehelicherklärung keine Bedenken bestehen, regelmäßig auch nicht, wenn sie inzwischen wieder geheiratet hat. Ist dagegen der Vater der Überlebende, so ist zu prüfen und zu ermitteln, wer bisher nach dem Tode der Mutter das Kind versorgt hat, ob und welche persönlichen Beziehungen des Kindes zum Vater bestehen, ob nun ein Wechsel der (Haupt-)Bezugsperson eintritt und wie dieser sich auf die Psyche des Kindes auswirken kann, unter Berücksichtigung seines Alters. Hat sich der Vater inzwischen verheiratet, so spielt eine Rolle, ob seine Frau bereit und in der Lage ist, das Kind zu versorgen, oder wie das Kind sonst versorgt werden kann, zB durch Großeltern. Hatten die Verlobten zusammengelebt und einen gemeinsamen Haushalt geführt, so werden kaum je Bedenken gegen die Ehelicherklärung bestehen.
- 38 Ist das **Kind** bereits **volljährig** (s Rz 22), so ist die Voraussetzung der Berücksichtigung des Wohls des Kindes hier ebenso systemwidrig wie im Falle des § 1723 (s dort Rz 22). Der Begriff „Wohl des Kindes“ wird hier wie dort als sachgemäßes, schutzwürdiges Interesse zu verstehen sein, wobei vor allem das Interesse an der Statusänderung, der Erlangung der Rechtsstellung als eheliches Kind mit einem Namenswechsel und an erbrechtlichen Ansprüchen nach dem Tode des Vaters und der Eltern (ggf Voreltern) des Vaters von Bedeutung sein könnte. Allerdings muß bezweifelt werden, ob die Zulassung der Ehelicherklärung eines volljährigen Kindes durch den Gesetzgeber auch wirklich notwendig und sinnvoll ist (s auch oben Rz 11, sowie DIECKMANN StAZ 1983, 297, 311).

Ob etwa **schwerwiegende** Gründe der Ehelicherklärung des (minderjährigen oder volljährigen) Kindes entgegenstehen, ist unerheblich (s oben Rz 2). Nur wenn schwerwiegende Gründe derart sind, daß sie zur Folge haben, daß die Ehelicherklärung dem Wohle des (minderjährigen) Kindes oder dem (sachgemäßen) Interesse des (volljährigen) Kindes widerspricht, werden die diesbezüglichen Umstände berücksichtigt werden müssen. Dies zeigt wiederum, wie wenig durchdacht die gesetzliche Regelung hier ist (s auch § 1740 g Rz 4 zur jetzigen Rechtslage nach dem Inkrafttreten des 1. EheRG).

III. Verfahrensrechtliche Fragen

1. Sachlich zuständig ist das AmtsG als VormG (vgl § 35 FGG). Die **örtliche Zuständigkeit** bestimmt sich nach § 43 a Abs 3 FGG. **Funktionell zuständig** ist der Richter, nicht der Rechtspfleger (§ 14 Nr 3 e RPfG), im württ Rechtsgebiet des Landes Baden-Württ nicht der Notar (§ 37 Abs 1 Nr 17 LF GG).

2. Das Verfahren ist ein Antragsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

a) Beteiligte sind das **Kind** als Antragsteller (s § 1740 c), der **überlebende Elternteil**, auch bei Geschäftsunfähigkeit, dh wenn er dauernd außerstande ist, Erklärungen abzugeben (§ 1740 b Abs 1 S 2) [hier ist der gesetzliche Vertreter zu hören, um die Interessen des Elternteils zu wahren; bei beschränkter Geschäftsfähigkeit ist der Elternteil als verfahrensfähig zu behandeln (arg § 1740 b Abs 3 S 2); ist sein Aufenthalt dauernd unbekannt, so ist ihm ein Vertreter (Verfahrenspfleger) zu bestellen, s KOLLHOSSER FamRZ 1970, 625, 627; BASSENGE § 56 b FGG Anm 1 c bb; KEIDEL-KUNTZE § 56 b FGG Rz 7], die **Personen, die gemäß § 1740 d S 1 HS 1 zu hören sind** (JANSEN § 56 b FGG Rz 13; BASSENGE aaO Anm 1 c aa; KUNTZE aaO), denen also dann ggf gemäß § 56 b Abs 2 FGG ein Beschwerderecht zusteht (s unten Rz 52 f), sowie die **Personen, deren Erbrecht oder Erbersatzanspruch** durch die beantragte Ehelicherklärung beeinträchtigt werden könnte (KOLLHOSSER und KUNTZE aaO; MünchKomm-Hinz § 1740 d Rz 3), auch ein Testamentserbe (KOLLHOSSER aaO, ERMAN-HOLZHAUER § 1740 d Rz 2, anders KNUR FamRZ 1970, 269, 274). Ist der Aufenthalt dieser Personen dauernd unbekannt oder sind sie dauernd außerstande, Erklärungen abzugeben (s § 1740 d Abs 1 S 2), so ist ihnen ein Vertreter (Verfahrenspfleger) zu bestellen (ebenso KOLLHOSSER aaO 628; BASSENGE und KUNTZE aaO).

b) Die Verfahrensbeteiligten (s Rz 42) haben Anspruch auf **rechtliches Gehör** (Art 103 Abs 1 GG), zur Bekanntmachung der Entscheidung s Rz 47 ff.

Von diesem Recht auf rechtliches Gehör zu unterscheiden ist die Frage, ob die Beteiligten im Verfahren zum Zwecke der *Aufklärung des Sachverhalts* (ob ein Verlöbnis im Zeitpunkt des Todes des einen Elternteils vorlag, auf Grund welcher tatsächlicher Umstände Schlüsse darauf gezogen werden können, ob die Ehelicherklärung dem Wohl des (minderjährigen) Kindes bzw dem sachgemäßen Interesse des (volljährigen) Kindes entspricht oder nicht entspricht, s Rz 37 f) zu hören bzw zu vernehmen sind (s auch Rz 46).

c) Stirbt das Kind, so ist das Verfahren erledigt (§ 1740 a Abs 2 iVm § 1733 Abs 1, s dazu § 1733 Rz 3 ff).

3. Zur Amtsermittlung (§ 12 FGG) s § 1723 Rz 47, sowie oben Rz 44; zur Anhörung des Elternteils s § 50 a FGG (wenn das Kind minderjährig ist), zur Anhörung des (minderjährigen) Kindes s § 55 c iVm § 50 b FGG, zur Anhörung des Jugendamtes (wenn das Kind minderjährig ist) § 48 a Abs 1 Nr 9 JWG, zur Anhörung von Verwandten, wenn das (minderjährige) Kind unter Vormundschaft oder Pflegschaft steht, s §§ 1847, 1915.

- 47 4. Der **Beschluß** ist allen Verfahrensbeteiligten (s Rz 42) bekanntzugeben.
- 48 Wird der Antrag des Kindes zurückgewiesen, so wird der Beschluß mit der Bekanntmachung an das Kind wirksam (§ 16 Abs 1, s auch Abs 2 S 2 FGG).
- 49 Wird die Ehelicherklärung ausgesprochen, so wird der Beschluß erst mit der formellen Rechtskraft, dh nach (fruchtlosem) Ablauf der Beschwerdefrist (§ 22 Abs 1 FGG) wirksam (§ 56 b Abs 1 iVm § 60 Abs 1 Nr 6 FGG; s dazu aus der Begründung des RegE § 1723 Rz 52). Der Beschluß muß daher den Beteiligten zugestellt werden (§ 16 Abs 2 FGG).
- 50 Hat das VormG den Antrag abgelehnt, so darf es die Entscheidung *ändern* (§ 18 Abs 1 FGG), und zwar (nur) auf Antrag des Kindes. Eine Änderung der Entscheidung ist hier auch noch zulässig, wenn inzwischen die Frist des § 1740 e abgelaufen ist, da das „Änderungsverfahren“ mit dem bisherigen Verfahren eine Einheit bildet (JANSEN § 56 b Rz 16; BASSENGE § 56 b Anm 2 a).
- Dagegen darf das VormG die dem Antrag stattgebende Entscheidung nicht ändern (§ 18 Abs 2 FGG).
- 51 5. Gegen die ablehnende Entscheidung findet die **einfache Beschwerde** statt (§ 19 FGG). Beschwerdeberechtigt ist (nur) das Kind (§ 20 Abs 2 FGG), wobei das Kind, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat, die Beschwerde selbst einlegen kann (§ 59 FGG), dh damit im Beschwerdeverfahren verfahrensfähig ist.
- 52 Wird die Ehelicherklärung ausgesprochen, so findet hiergegen die **sofortige Beschwerde** statt (§ 60 Abs 1 Nr 6 iVm § 22 Abs 1 FGG). Sie steht *den* Beteiligten zu, die durch die Entscheidung *in ihren Rechten beeinträchtigt* sind (§ 20 Abs 1 FGG), s dazu KOLLHOSSER FamRZ 1970, 625, 628 f; BÖKELMANN JR 1973, 204; KUNTZE § 56 b Rz 9; ODESKY § 56 b Anm III 3 b – vgl auch zu § 55 b Abs 3 FGG § 1600 n Rz 60 –. Eine Person, die durch die Entscheidung in ihrer Rechtsstellung beeinträchtigt ist, ist aber auch dann beschwerdeberechtigt, wenn sie (zu Unrecht) am Verfahren erster Instanz nicht beteiligt worden ist (ebenso KOLLHOSSER, BÖKELMANN, KUNTZE und ODESKY aaO; anders JANSEN § 56 b Rz 18; BASSENGE Anm 3 a aa); dies gilt auch für den überlebenden Elternteil, wenn die Voraussetzungen des § 1740 b Abs 1 S 2 zu Unrecht angenommen worden sind (anders JANSEN aaO Rz 15). Der überlebende Elternteil kann mit der Beschwerde auch geltend machen, er habe keine oder keine wirksame Einwilligung erteilt (JANSEN und KUNTZE aaO). Das Kind kann gegen die Ehelicherklärung dann (nur dann) Beschwerde einlegen, wenn es geltend macht, es habe keinen oder keinen wirksamen Antrag gestellt (ebenso JANSEN und KUNTZE aaO) – sonst kann es ja seinen Antrag wieder zurücknehmen, solange die Entscheidung noch nicht formell rechtskräftig geworden ist –.
- 53 Die erwähnte Beeinträchtigung = Beschwerde ist Voraussetzung der Zulässigkeit der Beschwerde. *Begründet* ist die Beschwerde jedoch nur, wenn sich in der Beschwerdeinstanz – insbesondere auf Grund des diesbezüglichen Vorbringens des Beschwerdeführers – ergibt, daß ein Verlöbnis nicht bestand oder daß es nicht durch den Tod des einen Partners aufgelöst worden ist, oder daß die Ehelicherklärung nicht dem Wohle des minderjährigen Kindes (bzw dem sachgemäßen Interesse des volljährigen Kindes – s Rz 38 –) entspricht. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob schwerwiegende Gründe gegen die Ehelicherklärung sprechen (s Rz 2, 39), dh auf eine Abwägung der Interessen des Kindes und anderer Beteiligter.
- 54 6. Das Verfahren ist gerichtsgebührenfrei (§§ 1, 91 HS 2 KostO).

55 IV. Die Tätigkeit des Standesbeamten

Die rechtskräftig gewordene Ehelicherklärung (s oben Rz 49) ist dem Standesbeamten mitzuteilen, der das Geburtenbuch des Kindes führt (§ 30 Abs 2 PStG, § 27

AVOPStG), zweckmäßigerweise mit der Bescheinigung des Zeitpunktes des Eintrittes der Rechtskraft (s MASSFELLER-HOFFMANN § 30 Rz 132). Der Standesbeamte hat sodann einen Randvermerk im Geburtenbuch einzutragen (s auch § 1723 Rz 58).

§ 1740 b

Zur Ehelicherklärung ist die Einwilligung des überlebenden Elternteils erforderlich. Die Einwilligung ist nicht erforderlich, wenn der überlebende Elternteil zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist.

Die Einwilligung ist dem Kinde oder dem Vormundschaftsgericht gegenüber zu erklären; sie ist unwiderruflich.

Die Einwilligung kann nicht durch einen Vertreter erteilt werden. Ist der überlebende Elternteil in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist zur Erteilung seiner Einwilligung die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich.

NEhelG Art 1 Nr 38.

I. Allgemeines

1

Die Einwilligung des überlebenden Elternteils (Vater oder Mutter) betrifft die durch die Ehelicherklärung herbeizuführende Änderung seiner Rechtsstellung vom nicht-ehelichen zum ehelichen Elternteil – mit den entsprechenden Rechten und Pflichten, s dazu § 1740 a Rz 3–10, 26 ff –, *auch wenn das Kind schon volljährig ist* (s § 1740 a Rz 26), während die Einwilligung der Mutter (§ 1726 Abs 1) bei der Ehelicherklärung gemäß § 1723 sich auf den durch diese herbeizuführenden Verlust der elterlichen Sorge (§ 1738) bezieht, also entfällt, wenn das Kind schon volljährig ist (s § 1726 Rz 5).

II. Einzelheiten

1. Die Einwilligung bezieht sich auf die Ehelicherklärung, dh die begehrte gerichtliche Entscheidung, nicht auf den Antrag, ebenso wie im Falle des § 1726 (s dort Rz 3, 11). Daraus folgt, daß die Einwilligung auf jeden Fall dem VormG gegenüber zu erklären ist – ebenso wie die Einwilligung zur Adoption (§ 1750 Abs 1 S 1 iVm § 1747 Abs 1) –, die Erklärung gegenüber dem Kinde allein also nicht ausreicht, wenn die Einwilligungserklärung nicht dem VormG vorgelegt wird (s § 1726 Rz 11). Insofern bedarf der Gesetzestext also einer gewissen Korrektur.

2. a) Das Erfordernis der Einwilligung entfällt, wenn beide Elternteile gestorben sind (s AmtsG Tübingen FamRZ 1974, 161), da diese Erklärung höchstpersönlich ist (s unten Rz 6).

b) Die Einwilligung des überlebenden Elternteils ist gemäß **Abs 1 S 2** nicht erforderlich, wenn er zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande ist oder wenn sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist (s dazu – zu der entsprechenden Regelung des § 1726 Abs 3 – dort Rz 17). Entfällt zwar somit das Erfordernis der Einwilligung, so bedeutet dies aber nicht, daß der Elternteil nicht am Verfahren beteiligt wäre, da sich die Entscheidung eben auf ihn auswirkt (s dazu § 1740 a Rz 42), und nicht auch Anspruch auf rechtliches Gehör hätte.

c) Die verweigerte Einwilligung ist nicht ersetzbar (s § 1740 a Rz 5); eine analoge Anwendung des § 1727 kann nicht in Betracht gezogen werden, auch nicht nach dem Tode des Vaters, da ja hier erbrechtliche Ansprüche des Kindes (§ 1924) statt eines Erbersatzanspruchs begründet würden.

- 6 d) Die Einwilligung ist eine *höchstpersönliche Erklärung*, die nicht durch einen Vertreter abgegeben werden kann; auch der beschränkt geschäftsfähige, also insbesondere der minderjährige, Elternteil kann sie nur persönlich, ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, abgeben (**Abs 3**); hier gilt das gleiche wie gemäß § 1728 Abs 3, s dort Rz 16).
- 7 e) Die Einwilligungserklärung bedarf der notariellen Beurkundung (§ 1740 a Abs 2 iVm § 1730), ebenso wie der Antrag. Sie kann nicht mit einer *Bedingung* oder *Zeitbestimmung* versehen werden (§ 1740 a Abs 2 iVm § 1724).
- 8 Ist die Ausfertigung der notariellen Urkunde (s dazu § 1726 Rz 12) dem VormG (s Rz 2) vorgelegt werden, so ist sie unwiderruflich (§ 1740 b **Abs 2**; hier gilt das gleiche wie gemäß § 1726 Abs 2 (s dort Rz 13)).
- 9 f) Da die Einwilligung gegenüber dem VormG zu erklären ist (s Rz 2) und auch materiellrechtliche Voraussetzung der Ehelicherklärung ist, ist sie als Verfahrenshandlung und als Rechtsgeschäft (Willenserklärung) zu qualifizieren (s zu § 1726 dort Rz 14).

§ 1740 c

Für ein Kind, das geschäftsunfähig oder noch nicht vierzehn Jahre alt ist, kann nur sein gesetzlicher Vertreter den Antrag stellen. Im übrigen kann das Kind den Antrag nur selbst stellen; es bedarf hierzu, falls es in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

NEhelG Art 1 Nr 38

- 1 1. Hat der Vater die Ehelicherklärung beantragt (§ 1723) und ist das Kind geschäftsunfähig (§ 104 Nr 1) oder hat es das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet, so kann gemäß § 1729 S 1 nur sein gesetzlicher Vertreter die erforderliche Einwilligung (§ 1726 Abs 1 S 1) erklären. Dieser Regelung entspricht § 1740 c S 1 hier für den Antrag des Kindes.
- 2 2. Hat das Kind das **14. Lebensjahr**, aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet (§ 2), so kann es mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nur selbst die Einwilligung erklären, wenn der Vater den Antrag gestellt hat (§§ 1723, 1729 S 2). Dem entspricht für den Antrag des Kindes (§ 1740 a) die Regelung des § 1740 c S 2. Diese Regelung geht darauf zurück, daß die hier maßgebenden Erklärungen *höchstpersönliche Erklärungen* sind und daß das Kind auch selbst die Erklärung soll abgeben können (vgl auch GERNHUBER § 61 III 3; MünchKomm-HINZ Anm), dh, das Kind ist verfahrensfähig. Zur Einwilligung des überlebenden Elternteils s § 1740 b Rz 6.
- 3 3. Zur *gesetzlichen Vertretung des Kindes* s § 1729 Rz 5. Ist die Mutter gesetzliche Vertreterin des Kindes, so ist sie auch hier nicht daran gehindert, das Kind zu vertreten, im Hinblick auf die Vorschrift des § 1740 b Abs 1 S 1, da ihre Einwilligungserklärung dem VormG gegenüber abzugeben ist (§ 1740 b Rz 2). Vertritt sie das Kind, so ist trotzdem ihre Einwilligung gemäß § 1740 b Abs 1 S 1 erforderlich. Ist das Kind bereits 14 Jahre alt, so bedarf ihre Zustimmung zu dem Antrag des Kindes (§ 1740 c S 2 HS 2) keiner besonderen Form (vgl §§ 128, 129).

Ist das Kind minderjährig, so hängt die Antragstellung also letztlich von der Haltung der überlebenden Mutter ab (s auch § 1740 b Rz 5).

§ 1740 d

Das Vormundschaftsgericht hat vor der Ehelicherklärung die Eltern des Verstorbenen und, falls der Vater des Kindes gestorben ist, auch die ehelichen Kinder des Vaters zu hören; es darf von der Anhörung einer Person nur absehen, wenn sie zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt ist. War der Verstorbene nichtehelich, so braucht sein Vater nicht gehört zu werden.

NEhelG Art 1 Nr 38.

I. Allgemeines

1

Nach der Begründung des RegE (BT-Drucks V/2370, 78; JANSEN-KNÖPFEL 329) soll den Eltern des Verstorbenen und ggf den ehelichen Kindern Gelegenheit dazu gegeben werden, ihre Interessen zu wahren und sich auch zu der Frage zu äußern, ob ein Verlöbnis bestanden hat.

Freilich war damit die Bedeutung der Regelung nicht richtig erkannt (s dazu vor allem KOLLHOSSER FamRZ 1970, 625). Den erwähnten Personen ist in § 56 b Abs 2 FGG ausdrücklich ein Beschwerderecht eingeräumt, sie sind als von dem Ausgang des Verfahrens betroffen zu beurteilen und daher als Verfahrensbeteiligte anzusehen (s dazu § 1740 a Rz 42, zum Beschwerderecht dort Rz 52 f).

Diesen Personen ist im Verfahren *rechtliches Gehör* zu gewähren (s § 1740 a Rz 43); ggf ist ihnen ein Vertreter (Verfahrenspfleger) zu bestellen (s § 1740 a Rz 42 aE).

II. Einzelfragen zur Anhörung

1. Die Anhörung soll – neben der Wahrung des Gebots des rechtlichen Gehörs (s Rz 3) – auch der Sachaufklärung dienen (s Rz 1). Freilich wäre die Anhörung zu diesem Zweck auch schon gemäß § 12 FGG durchzuführen. § 1740 d schließt natürlich die Vernehmung weiterer Personen zur Klärung des Sachverhalts nicht aus.

2. Zur Verhinderung der betreffenden Personen iS des S 1 HS 2, dh zur Bedeutung der hier vorgeschriebenen Voraussetzungen s § 1726 Rz 17 ff.

3. In der Begründung des RegE (aaO, s Rz 1) war zu S 2 dargelegt worden, der nichteheliche Vater des Verstorbenen stehe *in aller Regel* in keinen näheren Beziehungen zu diesem; *daher* brauche er *nicht* gehört zu werden (!). Offen bleibt aber die Frage, was geschehen soll, wenn doch nähere Beziehungen bestehen. Ggf hat das VormG dazu Ermittlungen anzustellen. Bestehen nähere Beziehungen, so hat der nichteheliche Vater einen Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs. Daraus ergibt sich, daß der S 3 schief formuliert ist. Richtigerweise müßte er lauten und ist er auch wie folgt zu verstehen und zu lesen (s KOLLHOSSER aaO 627 ff; ebenso KEIDEL-KUNTZE § 56 b Rz 6): „War der Verstorbene nichtehelich, so braucht sein Vater nicht gehört zu werden, wenn er durch die Ehelicherklärung nicht in einem Erbrecht (Erbersatzanspruch) nach dem Verstorbenen betroffen werden kann.“ Ggf hat das Gericht hierüber Erhebungen durchzuführen.

§ 1740 e

Nach dem Tode des Vaters kann das Kind den Antrag auf Ehelicherklärung nur binnen Jahresfrist stellen. Die Frist beginnt nicht vor der Geburt des Kindes und, falls die Vaterschaft nicht anerkannt ist, nicht vor ihrer rechtskräftigen Feststellung. Auf den Lauf der Frist sind die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206 entsprechend anzuwenden.

War beim Tode des Vaters die Vaterschaft weder anerkannt noch rechtskräftig festgestellt und auch kein gerichtliches Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft anhängig, so kann das Kind den Antrag auf Ehelicherklärung nur stellen, wenn es die Feststellung der Vaterschaft binnen der Frist des § 1934 c Abs 1 Satz 2 begehrt hat.

NEhelG Art 1 Nr 38.

1 I. Allgemeines

Für den Antrag des Vaters auf Ehelicherklärung seines nichtehelichen Kindes (§ 1723) besteht keine Frist (s § 1723 Rz 16); daher ist die Ehelicherklärung *noch nach Eintritt der Volljährigkeit* des Kindes möglich. Indes kann bei der Ehelicherklärung des Kindes auf dessen Antrag im Falle des **Todes des Vaters** nicht das gleiche gelten, da sich die erbrechtliche Stellung des Kindes hier durch die Ehelicherklärung ändert; sie darf nach dem Tode des Vaters nicht zu lange ungeklärt bleiben (s Begründung des RegE BT-Drucks V/2370, 78; JANSEN-KNÖPFEL 329). Die Begründung des RegE wies ferner auf folgendes hin(aaO): Sei die Vaterschaft bereits vor dem Tode des Vaters anerkannt oder rechtskräftig festgestellt, so sei es dem Kinde zuzumuten, den Antrag auf Ehelicherklärung binnen eines Jahres nach dem Tode zu stellen. Werde die Vaterschaft erst später festgestellt, so solle die Frist mit der rechtskräftigen Feststellung beginnen, da das Kind vor diesem Zeitpunkt den Antrag nicht stellen könne.

- 2 Dagegen besteht nach dem **Tode der Mutter** für den Antrag des Kindes keine Frist, da hier die erbrechtliche Stellung des Kindes sich nicht ändert. Hier kann das Kind also noch zuwarten, bis es volljährig geworden ist (falls nicht inzwischen der Vater gestorben ist) – wenn die Voraussetzungen des § 1740 a Abs 1 S 1 vorliegen –.

II. Die Frist des Abs 1

- 3 1. Im Falle des Todes des Vaters muß das Kind, wenn die Vaterschaft festgestellt ist – regelmäßig im Wege der Anerkennung (§§ 1600 a ff) –, den Antrag *innerhalb eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Todes* stellen (**Abs 1 S 1**). Die Frist beginnt nicht vor der Geburt des Kindes (**S 2**) – indes ist diese Regelung hier selbstverständlich (vgl für sonstige Fälle §§ 1600 e Abs 3 S 2, 1600 h Abs 5, 1934 c Abs 1 S 2 HS 2) und daher entbehrlich, da eine Ehelicherklärung vor der Geburt nicht zulässig ist (s § 1740 a Rz 21) –. Die Feststellung der Vaterschaft ist erst nach der Geburt des Kindes möglich, eine vorgeburtliche Anerkennung (§ 1600 b Abs 2) wirkt erst von der Geburt an (s dazu § 1600 e Rz 25).

Wird die Jahresfrist versäumt (s auch Rz 6), so ist die Ehelicherklärung nicht mehr möglich.

- 4 Da Voraussetzung der Ehelicherklärung die Feststellung der Vaterschaft ist (s § 1600 a Rz 46, 47), kann die Frist frühestens mit dem Zeitpunkt der Feststellung der Vaterschaft laufen, wenn die Vaterschaftsanerkennung schon vor der Geburt zustandegekommen ist, mit dem auf den Tag der Geburt folgenden Tag (§ 187 Abs 1); s auch Rz 9.
- 5 2. Ist im Zeitpunkt des Todes des Vaters ein Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft anhängig (§ 1600 n Abs 1) – was freilich bei Brautkindern kaum praktisch werden dürfte! – und wird dann das Verfahren beim VormG (§ 1600 n Abs 2) fortgesetzt, so kann das Kind nach der Rechtskraft der Entscheidung (§ 55 b Abs 2 FGG) den Antrag noch innerhalb der Jahresfrist stellen (**§ 1740 e Abs 1 S 1, 2**). Entsprechendes gilt, wenn der Vater noch vor seinem Tode die Vaterschaft aner-

7. Titel. Legitimation nichtehelicher Kinder

kannt hat und die Zustimmung danach erklärt wird (s dazu § 1600 c Rz 11), damit also die Anerkennung, dh die Feststellung der Vaterschaft, wirksam wird (s § 1600 a Rz 23 ff; sowie § 1706 Rz 19).

3. Auf den Lauf der Jahresfrist sind nach **Abs 1 S 3** die Vorschriften der §§ 203, 206 6 entsprechend anzuwenden. Dies bedeutet folgendes: Wenn das Kind innerhalb der letzten 6 Monate der Frist durch Stillstand der Rechtspflege oder in anderer Weise durch höhere Gewalt an der Antragstellung verhindert ist, so läuft die Frist für die Dauer dieses Zustandes nicht weiter (§ 203). Der Zeitraum, während dessen das Hindernis besteht, wird nicht in die Jahresfrist eingerechnet (§ 205). Hat das Kind keinen gesetzlichen Vertreter, so läuft die Frist nicht vor Ablauf von 6 Monaten nach dem Zeitpunkt ab, in dem das Kind einen gesetzlichen Vertreter erhält (§ 206 Abs 1).

II. Abs 2

1. War die Vaterschaft im Zeitpunkt des Todes des Vaters noch nicht festgestellt 7 (§ 1600 a) und war auch kein gerichtliches Verfahren auf Feststellung anhängig, so kann das Kind den Antrag auf Ehelicherklärung nur stellen, wenn es die Feststellung der Vaterschaft binnen 6 Monaten nach dem Erbfall, dh dem Tode des Vaters, oder nach seiner Geburt begehrt hat.

2. Ist der Vater **vor der Geburt des Kindes gestorben** und war die Vaterschaft nicht 8 anerkannt (s § 1600 b Abs 2), so kann das Kind die Ehelicherklärung nur dann mit Erfolg begehren, wenn es innerhalb von 6 Monaten nach seiner Geburt den Antrag auf Feststellung der Vaterschaft stellt (§ 1740 e Abs 2 iVm § 1934 c Abs 1 S 2, s dazu auch § 1706 Rz 24 ff). Wird die Frist versäumt, so ist die Ehelicherklärung nicht mehr möglich (ebenso zB GERNHUBER § 61 III 3; ERMAN-HOLZHAUER Rz 2). Auf diese Frist sind die §§ 203, 206 nicht entsprechend anzuwenden, da die analoge Anwendung dieser Vorschriften gemäß Abs 1 S 2 ausdrücklich auf die Jahresfrist des Abs 1 S 1 beschränkt ist. Die Regelung des Abs 2 ist eine Sondervorschrift, ebenso wie die des § 1934 c Abs 1 S 2, für die Stellung des Antrags auf Feststellung der Vaterschaft, da § 1600 n Abs 2 hierfür keine Frist vorschreibt (s dazu dort Rz 3, 51).

Nach der Feststellung der Vaterschaft läuft die Jahresfrist des Abs 1.

3. Ist das Kind im Zeitpunkt des Todes des Vaters älter als 6 Monate und ist zu 9 diesem Zeitpunkt die Vaterschaft noch nicht festgestellt und ist auch kein Feststellungsverfahren anhängig, so kann das Kind eine Ehelicherklärung nicht mehr erwirken (s auch § 1740 a Rz 7, sowie § 1706 Rz 20 ff).

4. Überlegt man, daß im Falle des Abs 2 *von der Geburt des Kindes an eine Sechs-* 10 *monatsfrist* läuft (s Rz 8) und *danach*, wenn das Feststellungsverfahren zum Ziele geführt hat – was einige Zeit in Anspruch nehmen kann, zumal wenn Gutachten eingeholt werden müssen (vgl dazu Vorbem 27 zu § 1591, Nr 4.2 der Richtlinien des Bundesgesundheitsamts zur Einholung von Blutgutachten) –, die *Jahresfrist des Abs 1* läuft, so ergibt sich, daß ein sehr langer Zeitraum der Ungewißheit bestehen kann (die Regelung des § 2043 Abs 2 bezüglich der Nachlaßauseinandersetzung setzt einen Antrag auf Ehelicherklärung voraus); man denke auch etwa an den Fall, daß der Mann kurze Zeit nach der Zeugung stirbt, zB tödlich verunglückt. So zeigt sich hier die ganze Fragwürdigkeit der Regelung des § 1740 e, die ja vor allem erreichen soll, daß das Kind statt des Erbsatzanspruchs (§ 1934 a) das Erbrecht gemäß § 1924 erhält (s auch § 1740 a Rz 7).

5. War die schwangere Mutter der überlebende Elternteil und hat sie nach Auflö- 11 sung des Verlöbnisses durch den Tod des Verlobten (den biologischen Vater des

Kindes) einen anderen Mann geheiratet, wird damit also das Kind als eheliches geboren (§ 1593) und wird zunächst die Ehelichkeit angefochten, so ist zufolge der Regelung des § 1740 e Abs 2 eine spätere Ehelicherklärung praktisch unmöglich.

§ 1740 f

Das auf seinen Antrag für ehelich erklärte Kind steht einem Kinde gleich, das durch Eheschließung seiner Eltern ehelich geworden ist.

Das Kind erhält den Familiennamen des überlebenden Elternteils. Das Vormundschaftsgericht hat dem Kind auf seinen Antrag mit Zustimmung des überlebenden Elternteils den Familiennamen des verstorbenen Elternteils zu erteilen. Als Familienname gilt nicht der gemäß § 1355 Abs 3 dem Ehenamen vorangestellte Name. Der Antrag kann nur in dem Verfahren über den Antrag auf Ehelicherklärung gestellt werden.

Führt das Kind den Familiennamen des überlebenden Elternteils und ändert sich dieser Name, so gilt § 1617 Abs 2 bis 4 entsprechend.

NEhelG Art 1 Nr 38; 1. EheRG Art 1 Nr 37.

Schrifttum

BAUMANN, Fragen der Namensführung und der Anerkennung der Vaterschaft aus standesamtlicher Sicht als Folge des NEhelG, StAZ 1971, 237; DIECKMANN, Zur Namensführung des Kindes, StAZ 1982, 266; ders, Probleme des Legitimationsrechts, StAZ 1983, 297; DIEDERICHSEN, Der Ehe- und Familienname nach dem 1. EheRG, NJW 1976, 1169; REICHARD, Zur Eherechtsreform – Die für den Standesbeamten wichtigen Teile –, StAZ 1976, 177; RUTHE, Die Neuordnung des Namensrechts, FamRZ 1976, 409.

Systematische Übersicht

I. Entstehungsgeschichte, Allgemeines

1. Entstehungsgeschichte, Abs 1 1
2. Hinzufügung der Abs 2, 3 durch das 1. EheRG 4

II. Zu Abs 1 (Wirkungen der Ehelicherklärung, Allgemeines)

1. Eintritt der Wirkungen 6
2. Zur Unterhaltspflicht 7
3. Elterliche Sorge
 - a) Mutter überlebender Elternteil, Amtspflegschaft 8
 - b) Vater überlebender Elternteil 10
4. Tod beider Elternteile 11
5. Volljähriges Kind 13

III. Auswirkungen in namensrechtlicher Hinsicht

1. Grundsätzliches, Grundgedanke der

Neuregelung, maßgebender Zeitpunkt der Namensänderung 14

2. Name des überlebenden Elternteils 18
3. Abs 2 S 2 29
4. Verfahren
 - a) Antrag betr Namensänderung 34
 - b) Antragstellung im Verfahren der Ehelicherklärung 39
 - c) Verfahrensbeteiligte 40
 - d) Zustimmung des überlebenden Elternteils 41
 - e) Die gerichtliche Entscheidung 45
 - f) Rechtsmittel 48
 - g) Gerichtsgebühren? 50
 5. Tätigkeit des Standesbeamten 51

IV. Spätere Änderungen (Abs 3) 52

Alphabetische Übersicht

Amtspfleger 9, 35
 Änderungen, spätere (Abs 3) 52
 Antrag im laufenden Verfahren der Ehelicherklärung 39

Beschluß, Bekanntmachung 47
 – Wirksamwerden 47
 Beschwerde 48 f
 Beteiligte 40

7. Titel. Legitimation nichtehelicher Kinder

Ehegatte des Kindes 27	Namensgleichheit 14, 16, 22 f
– des überlebenden Elternteils 20 f	Namensrecht, Wahl des Namens 29 ff
Ehelicherklärung, Wirkungen 6 ff	Namenszusatz (vorangestellter) 5, 23, 31
Ehename aus früherer Ehe 24, 31 f	NEhelG 4
1. EheRG 5	
Einbenennung 21, 24 ff	Randvermerk 51
Einwilligung zur Ehelicherklärung, Folgerungen 20 f	Stiefvater 24 f
Elterliche Sorge der Mutter 8	
– des Vaters 10	Tod beider Eltern 3, 11, 28, 33, 40
Entstehungsgeschichte der Vorschrift 1 ff	– der Mutter 37
Erbrecht nach dem Tode des Vaters 6	
Ermessen 45	Überlebender Elternteil 8 ff, 14 ff, 40 ff
	– beschränkt geschäftsfähig 43
Familienname 4 f, 14 ff, 29 ff	Unterhaltspflicht 7
Geburtenbuch 51	Verfahrensfähigkeit 38
Geburtsname 31 f	Verheiratung des überlebenden Elternteils
Gerichtsgebühren 50	20 ff
Gesetzliche Vertretung 35 ff	Verwandte und Verschwägte (§ 1779 Abs 2, 3) 12
Interessen der Verwandten 46	Volljähriges Kind 3, 13, 41
	Vormundschaft 10 ff, 36 f
Mutter, überlebender Elternteil 8 f, 34 ff	– neuer Grund für – 11
– – minderjährig 36	Vormundschaftsgericht 29
Namensänderung 14 ff, 18 ff	Wohl des Kindes 46
– zusätzliche Erklärung des Ehegatten des Kindes 27	Zuständigkeit 34

I. Entstehungsgeschichte, Allgemeines

1. Die Begründung des RegE (BT-Drucks V/2370, 78; JANSEN-KNÖPFEL 332) zu dem **1** (jetzigen) Abs 1 (s auch Rz 5) – die dort vorgesehene Fassung ist unverändert Gesetz geworden – wies darauf hin, das Kind solle in jedem Falle so stehen wie ein Kind, das durch Eheschließung seiner Eltern ehelich geworden ist; dies sei gerechtfertigt, weil das Kind im Falle der Eheschließung, die nur durch den Tod des einen Verlobten verhindert worden sei, diese Rechtsstellung erlangt hätte.

Deshalb ist die Vorschrift dahin formuliert, daß das Kind einem legitimierte(n) Kinde (§ 1719) gleichstehen solle. Das Kind soll also in jedem Falle – nach dem Tode des Vaters wie der Mutter – voll auch in die väterliche Familie integriert werden und vor allem bezüglich des Erbrechts (§ 1924), ggf des Pflichtteilsrechts (§ 2303 Abs 1), ebenso gestellt werden wie ein in der Ehe geborenes Kind. Ist der Vater gestorben, so soll es rückwirkend erbberechtigt werden (§ 1740 a Abs 2 iVm § 1733 Abs 3, s § 1740 a Rz 9 f).

Ebenso soll der überlebende Elternteil die gleiche Rechtsstellung erlangen wie ein **2** Ehegatte, dessen Partner gestorben ist, also wie eine Witwe bzw ein Witwer, dh, wenn das Kind noch minderjährig ist, die *elterliche Sorge* allein ausüben (§ **1681 Abs 1 S 1**).

In der Begründung des RegE sind freilich die Fälle nicht behandelt, daß beide Eltern **3** gestorben sind, sowie daß das Kind schon volljährig geworden ist (s dazu Rz 11 f, 13).

2. Das **NEhelG** hatte noch keine spezielle Regelung des **Namensrechts** des auf seinen **4** Antrag für ehelich erklärten Kindes enthalten, da man davon ausging, das Kind

erhalte, wie das durch nachfolgende Ehe legitimierte Kind (§ 1719, s § 1720 Rz 1), den Familiennamen des Vaters (s dazu JANSEN-KNÖPFEL 331 unten, sowie die dementsprechende Regelung des § 1740 g idF des NEhelG, s § 1740 g Rz 1, sowie BT-Drucks 7/650, 178).

- 5 Das **1. EheRG** fügte die Abs 2 und 3 hinzu. Die Gesetz gewordene Fassung beruht auf den Beschlüssen des Rechtsausschusses des BT (Drucks 7/3119) und des Vermittlungsausschusses (BT-Drucks 7/4992, s auch zu §§ 1720, 1737, 1740 g die Hinweise in § 1720 Rz 1, § 1737 Rz 2, § 1740 g Rz 3).

Schon im RegE (BT-Drucks 7/650) war der in Abs 2 S 1 enthaltene, unverändert Gesetz gewordene Grundsatz aufgestellt, das Kind erhalte den *Familiennamen des überlebenden Elternteils*. Jedoch war in den folgenden Sätzen vorgesehen, das Gericht habe dem Kind auf seinen Antrag mit Zustimmung des überlebenden Elternteils den Familiennamen des verstorbenen Elternteils oder einen Doppelnamen zu erteilen, der sich aus den Namen seiner Eltern zusammensetze; der zusammengesetzte Name dürfe nicht aus mehr als zwei Einzelnamen bestehen; als Familienname gelte nicht der gemäß § 1355 Abs 3 dem Ehenamen angefügte Name . . .

Der Rechtsausschuß des BT strich entsprechend der Grundentscheidung zu § 1355 die Sätze, die sich auf die Möglichkeit der Wahl eines Doppelnamens bezogen, und ersetzte das Wort „angefügte“ durch das Wort „vorangestellte“ (s BT-Drucks 7/3119, 6, sowie zu § 1737 dort Rz 2), also im Hinblick auf die (unglückliche) Regelung des § 1355 Abs 3.

II. Zu Abs 1 (Wirkungen der Ehelicherklärung, Allgemeines)

- 6 **1.** Die Wirkungen der Ehelicherklärung treten erst mit der *formellen Rechtskraft der Entscheidung* (s § 1740 a Rz 49) ein (vgl auch zur Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters § 1723 Rz 51). Die einzige Ausnahme besteht bezüglich des Erbrechts des Kindes nach dem Tode des Vaters (§ 1740 a Abs 2 iVm § 1733 Abs 3, s dazu § 1740 a Rz 9 f).
- 7 **2.** Nach dem Tode des einen Elternteils ist der andere Elternteil dem Kinde gegenüber allein **unterhaltspflichtig** (§§ 1601, 1606); ist der Vater überlebender Elternteil, so sind die Vorschriften über die Verpflichtung zur Zahlung des Regelunterhalts (§§ 1615 a ff) nicht mehr anwendbar. Soweit der überlebende Elternteil nicht ausreichend leistungsfähig ist (§ 1603), sind die beiderseitigen Großeltern des Kindes (soweit sie leistungsfähig sind) unterhaltspflichtig. Im übrigen ändert sich an der etwaigen Unterhaltungspflicht des Kindes gegenüber dem Elternteil und den Großeltern nichts.
- 8 **3. a)** Ist die **Mutter der überlebende Elternteil**, so geht ihre elterliche Sorge als nicht-eheliche Mutter (§ 1705, s dort Rz 4, 8 ff) in die elterliche Sorge als eheliche Mutter (§ 1681 Abs 1) über (s ferner vor allem §§ 1626, 1629 Abs 1 S 1, 1631 – vgl auch § 1736 Rz 4 zur elterlichen Sorge des Vaters nach der Ehelicherklärung gemäß § 1723 –).
- 9 Falls noch die **Amtspflegschaft** besteht (§§ 1709, 1706), so erlischt sie mit der Rechtskraft der Entscheidung automatisch (ebenso DIECKMANN StAZ 1983, 297, 301; ERMAN-HOLZHAUER § 1740 f Rz 1; anders Odersky § 1740 f Anm I 6; MünchKommHinz § 1740 f Rz 2, die jeweils die Ansicht vertreten, die Pflegschaft müsse gemäß § 1919 aufgehoben werden, erlösche also erst hiermit). Richtigerweise sollte hier § 1918 Abs 1 in ausdehnender Auslegung (zumindest aber analog) angewendet werden, da mit der formellen Rechtskraft eine klare Grenze gezogen ist, wie im Falle der Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters (§ 1723, s § 1736 Rz 7), und anders als im Falle der Legitimation durch nachfolgende Ehe (s § 1719 Rz 42). Die Beendigung

7. Titel. Legitimation nichtehelicher Kinder

der elterlichen Sorge der *nichtehelichen* Mutter durch den Übergang in die Sorge der *ehelichen* Mutter ist also dem in § 1918 Abs 1 regelten Falle gleichzuachten.

b) Ist der Vater der überlebende Elternteil, so endet mit der formellen Rechtskraft der Entscheidung gemäß § 1882 die Vormundschaft, die nach dem Tode der sorgeberechtigten (nichtehelichen) Mutter notwendig geworden war (s § 1740 a Rz 8). Der Vater erlangt die volle elterliche Sorge (vgl zur Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters § 1736 Rz 4).

4. Sind beide Elternteile verstorben und war das Kind noch minderjährig, so bedurfte es nach dem Tode der Mutter eines Vormunds (§ 1773), wenn ihr die elterliche Sorge zugestanden hatte (s § 1705 Rz 23). Hier wird man annehmen müssen, daß die Vormundschaft, die für das *nichteheliche* Kind bestand, mit der Rechtskraft der Entscheidung erlischt (§ 1882) und nun für das *eheliche* Kind erneut gemäß §§ 1773, 1774 S 1 ein Vormund bestellt werden muß; die Vormundschaft ist erforderlich, weil *auch der Vater* gestorben ist; dies ist auf jeden Fall als neuer Grund für die Notwendigkeit der Vormundschaft anzusehen. Die früher bestehende Vormundschaft bleibt also nicht weiter bestehen, da nun ein neuer Grund oder Anlaß hinzugetreten ist (wie hier GERNHUBER § 67 I 2; anders wohl SOERGEL-DAMRAU § 1882 Rz 7; PALANDT-DIERICHSEN § 1882 Anm 1 b; ERMAN-HOLZHAUER § 1882 Rz 4).

Vor der Neubestellung des Vormunds – die mit der Ehelicherklärung angeordnet werden sollte – sind gemäß § 1779 Abs 3 Verwandte oder Verschwägte des Kindes zur Frage der Auswahl des Vormunds zu hören, wenn dies ohne erhebliche Verzögerung des Verfahrens und ohne unverhältnismäßige Kosten geschehen kann. Bei der Auswahl des Vormunds sind gemäß § 1779 Abs 2 S 3 HS 1 Verwandte und Verschwägte zu berücksichtigen, dh auch aus der väterlichen Verwandtschaft.

5. Ist das Kind schon volljährig, so hat die Ehelicherklärung über die Statusänderung, die Gewinnung der Rechtsstellung des ehelichen Kindes und die Erlangung erbrechtlicher Ansprüche nach dem Tode des Vaters und seiner Eltern oder Voreltern hinaus keine Bedeutung (s auch oben Rz 7 und § 1740 a Rz 38; zum Namensrecht unten Rz 18 ff).

III. Auswirkungen in namensrechtlicher Hinsicht

1. Grundgedanke der durch das 1. EheRG geschaffenen Abs 2 und 3 (s Rz 5) ist, daß das Kind den Namen des überlebenden Elternteils (der die elterliche Sorge innehat) erhalten soll und damit möglichst eine Namensgleichheit herbeigeführt werden soll (s BT-Drucks 7/650, 178). Dem Kinde ist aber auch das Recht und die Möglichkeit eingeräumt, den Namen des verstorbenen Elternteils zu wählen (**Abs 2 S 2**); um die Namensgleichheit mit dem überlebenden Elternteil herbeizuführen, ist es diesem ermöglicht, den Namen des Kindes anzunehmen (§ 1740 g); Näheres dazu unten Rz 42 und § 1740 g Rz 5, 7 ff.

Freilich sind die nun vorhandenen Regelungen reichlich kompliziert und werfen nicht wenige und umstrittene Probleme auf; sie führen zT auch zu Unstimmigkeiten und Ungereimtheiten.

Durch die Neuregelung des Namensrechts des gemäß § 1740 a legitimierten Kindes ist das Problem entstanden, wie Abs 2 S 1 zu verstehen ist, ob das Kind den Familiennamen des überlebenden Elternteils erhält, den dieser *im Zeitpunkt der Ehelicherklärung*, dh vor der Rechtskraft der gemäß § 1740 a zu erlassenden Entscheidung trägt oder den er im Zeitpunkt des Todes des anderen Elternteils, also im *Zeitpunkt der Beendigung des Verhältnisses* führte; dh ob hier gemäß § 1740 a Abs 2 die Vorschrift des § 1733 Abs 3 analog heranzuziehen ist und wenn ja, mit welchen Wirkungen (vgl auch § 1740 a Rz 9 f). Dieses Problem ist bisher nicht erkannt und

behandelt. DIECKMANN (StAZ 1982, 266, 274) ist als selbstverständlich davon ausgegangen, maßgebend sei der Zeitpunkt der Ehelicherklärung. Die Frage hat praktische Bedeutung, wenn der überlebende Elternteil nach der Auflösung des früheren Verlöbnisses mit dem verstorbenen Elternteil sich anderweitig verheiratet und den Familiennamen seines Ehepartners angenommen hat oder wenn sich der Familienname in der erwähnten Zwischenzeit aus anderen Gründen (zB Legitimation, Adoption oder gemäß dem NÄG) geändert hat.

- 16 Nach dem **Sinn und Zweck des § 1733 Abs 3** soll das Kind, wenn der Vater vor der Ehelicherklärung gestorben ist, vor Nachteilen geschützt werden, die in diesem Falle für das Kind entstehen können (s dazu § 1740 a Rz 9 f). Schon aus diesem Grundgedanken des § 1733 Abs 3 heraus muß die analoge Heranziehung dieser Vorschrift im Bereich des Namensrechts ausscheiden. Hinzukommt aber, daß andernfalls die Konsequenz eintreten würde, daß, wenn der überlebende Elternteil nach Auflösung des Verlöbnisses heiratet, das Kind aber den Familiennamen erhielte, den der Elternteil zum früheren Zeitpunkt geführt hat, eine Namensgleichheit nicht mehr erreichbar wäre; dies widerspräche dem Grundgedanken des § 1740 f Abs 2 S 1.
- 17 Im übrigen würden auch praktische Schwierigkeiten entstehen, vor allem für die Praxis der Standesämter, da die auf § 1740 f Abs 2 S 1 beruhende rückwirkend eintretende **Namensänderung automatisch** eintritt, dh ohne eine gerichtliche Entscheidung. Das Standesamt müßte ermitteln, welchen Namen der überlebende Elternteil zu dem erwähnten Zeitpunkt geführt hat.
- 18 2. Das Kind erhält den Familiennamen, den der überlebende Elternteil im Zeitpunkt der Ehelicherklärung (s oben Rz 15 ff) führt.
- 19 Ist die Mutter der überlebende Elternteil und hat sich ihr Familienname seit der Geburt des Kindes nicht geändert (zum Familiennamen des Kindes im damaligen Zeitpunkt s § 1617 Abs 1 S 1), so hat die Vorschrift des § 1740 f Abs 2 S 1 nur die Bedeutung, daß das Kind diesen Familiennamen behält.
- 20 Hat sich der überlebende *Elternteil* nach der Auflösung des Verlöbnisses mit einem anderen Partner *verheiratet* und dessen Familiennamen angenommen, so erhält das Kind diesen Namen mit der Ehelicherklärung ebenfalls und automatisch, und ohne Rücksicht auf sein Alter. Das Kind hat sich ja durch seine Einwilligung zur Ehelicherklärung mit dieser Folge einverstanden erklärt.
- 21 Andererseits steht diese namensrechtliche Regelung des Abs 2 S 1 mit der dargelegten Konsequenz im Widerspruch zu §§ 1617 Abs 3 und § 1618 Abs 1 S 1 (so zutreffend DIECKMANN StAZ 1982, 266, 274). Hier kann und muß man von einer „automatischen Einbenennung“ sprechen. Indes muß diese Konsequenz im Hinblick darauf hingenommen werden, daß der Ehegatte des überlebenden Elternteils der Ehelicherklärung zustimmen muß (s dazu § 1740 a Rz 29 f).
- 22 So ist die Namensgleichheit zwischen Kind und überlebendem Elternteil mit einem Namen hergestellt, der mit dem Namen des verstorbenen Elternteils des Kindes nichts gemein hat und auf eine Person zurückgeht, mit dem das Kind in keinen verwandtschaftlichen, sondern nur in schwägerschaftlichen Beziehungen steht. Zu beachten ist dazu freilich, daß Vater und Mutter des Kindes, da es zwischen diesen nicht zur Eheschließung gekommen war, keinen Ehenamen erworben haben und haben erwerben können.
- 23 Hat der überlebende Elternteil dem Ehenamen seinen Geburtsnamen oder früheren Namen vorangestellt (§ 1355 Abs 3), so ist freilich keine volle Namensgleichheit vorhanden, da das Kind diesen Namenszusatz des Elternteils nicht erlangen kann (§ 1740 f Abs 2 S 3) – diese Regelung ist hier ebenfalls anzuwenden (so auch ERMAN-HOLZHAUER Rz 3), da sie einem ausnahmslos durchgeführten Prinzip entspricht, s

§§ 1617 Abs 1 S 2, 1618 Abs 1 S 2, 1737 S 2, 1757 Abs 1 S 2, worauf HOLZHAUER aaO zutreffend hingewiesen hat –.

Hatte die Mutter nach der Geburt des Kindes zunächst einen anderen Mann geheiratet und dessen Familiennamen angenommen, wurde das Kind aber *nicht einbenannt* (§ 1618 Abs 1 S 1) – durch die Eheschließung der Mutter änderte sich der Familienname des Kindes nicht (§ 1617 Abs 3) –, wurde die Ehe später geschieden, hat die Mutter aber den Ehenamen beibehalten und hat sie sich in der Folgezeit mit dem Vater des Kindes verlobt, so erhält das Kind nach dem Tode seines Vaters mit der Ehelicherklärung noch nachträglich den Ehenamen der Mutter, der auf ihren früheren Ehemann zurückgeht (Beispiel von DIECKMANN StAZ 1982, 266, 274 re Sp).

War das Kind **von Mutter und Stiefvater einbenannt** worden, wurde die Ehe aufgelöst, verlobten sich dann die Eltern des Kindes und starb später die Mutter, so erhält das Kind den Familiennamen des überlebenden Vaters.

War das Kind **vom Vater einbenannt** worden (§ 1618 Abs 1 S 1), wurde das Verlöbnis der Eltern des Kindes durch den Tod der Mutter aufgelöst, so ändert sich durch die Ehelicherklärung des Kindes dessen Familienname nicht, wenn der Vater noch denselben Namen führt. War dagegen die Mutter der überlebende Elternteil, so wird mit der Ehelicherklärung des Kindes die Einbenennung praktisch wieder rückgängig gemacht, da das Kind wieder den Familiennamen der Mutter erhält (freilich den, den sie jetzt führt, s oben Rz 15 ff, 18).

Ist das **Kind** bereits **verheiratet**, so gilt das gleiche wie bei Anwendung des § 1737: Ist der Geburtsname des Kindes Ehefrau geworden, so bedarf es einer zusätzlichen Erklärung des Ehegatten zu einer Namensänderung analog § 1757 Abs 1 S 3, und zwar in der Weise, daß diese vor der Ehelicherklärung abgegeben werden muß (ebenso DIECKMANN StAZ 1982, 266, 272; sowie RUTHE FamRZ 1976, 409, 416, ohne allerdings die Frage zu behandeln, *wann* die Erklärung des Ehegatten vorliegen muß).

Sind *beide Elternteile verstorben*, so behält das Kind den Familiennamen, den es bisher führte; zur Wahlmöglichkeit s Rz 29 ff.

3. Gemäß Abs 2 S 2 kann das Kind auf seinen Antrag durch vormundschaftsgerichtliche Entscheidung (zusammen mit der Ehelicherklärung) den Familiennamen des verstorbenen Elternteils erhalten, womit das Gesetz dem Kinde ein **Wahlrecht** eingeräumt hat (s RegE, BT-Drucks 7/650, 178).

Ist die Mutter verstorben, so kann das Kind damit erreichen, daß es seinen seitherigen Familiennamen (wenn er mit dem der Mutter identisch ist) weiterführen kann.

Zu beachten ist, daß das Kind den *Familiennamen* des Verstorbenen erlangen kann. Wäre das Kind dagegen durch nachfolgende Eheschließung seiner Eltern legitimiert worden (§ 1719), so hätte es den Ehenamen erhalten, dh den *Geburtsnamen* entweder des Vaters oder der Mutter (§ 1355 Abs 2 S 1), s § 1719 Rz 4, sowie DIEDERICHSEN NJW 1976, 1169, 1170. Wäre andererseits das Kind auf Antrag des Vaters für ehelich erklärt worden (§ 1723), so hätte es nach dessen Tod (§ 1733 Abs 2) dessen Familiennamen erhalten (§ 1737 S 1, s dort Rz 7). Nach dem Wortlaut des Gesetzes erlangt das Kind den *Familiennamen des verstorbenen Elternteils*, den dieser *zZt seines Todes* führte, also wenn er nicht mehr den Geburtsnamen führte, zB einen *Ehemann aus früherer Ehe*, der auf den Ehegatten zurückging; so wäre also das Kind in der Lage, diesen Namen zu *wählen* (s MünchKomm-HINZ Rz 4; ERMAN-HOLZHAUER Rz 6), somit einen Namen, mit dem den verstorbenen Elternteil nichts mehr verbunden hatte (PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 3). Den etwa **vorangestellten**

Begleitnamen (§ 1355 Abs 3), idR den Geburtsnamen, kann das Kind nicht erlangen (§ 1740 f Abs 2 S 3).

- 32 Richtigerweise sollte man jedoch, wenn der überlebende Elternteil einen früheren Ehenamen weiterführt, die Vorschrift des Abs 2 S 2 restriktiv dahingehend auslegen und anwenden, daß das VormG dem Kinde nur den Geburtsnamen des verstorbenen Elternteils erteilen kann, jedenfalls dann, wenn der frühere Ehegatte des Verstorbenen noch lebt (s ERMAN-HOLZHAUER aaO; DIECKMANN StAZ 1982, 266, 274), es sei denn, dieser wäre mit der betreffenden Namenswahl einverstanden. Der vorliegende Fall ist, worauf HOLZHAUER aaO mit Recht hingewiesen hat, von den Fällen zu unterscheiden, in denen ein Familienname *weitergeführt werden darf* (§ 1355 Abs 4 S 1) oder *kraft Gesetzes übergeht* (§§ 1617 Abs 1 S 1 – nichteheliches Kind der früheren Ehefrau –, 1737, 1740 f – s § 1737 Rz 7, 1740 f Rz 18, 20 –, 1757 Abs 1 S 1 – adoptiertes Kind des früheren Ehegatten –).
- 33 Sind beide Elternteile verstorben und führt das Kind weder den Familiennamen der Mutter – zB wenn diese sich inzwischen verheiratet hatte (s § 1617 Abs 3) – noch den Familiennamen des Vaters, so kann das Kind wählen, welchen Familiennamen es nun führen soll (zB wenn auch der Ehemann der Mutter tödlich verunglückt ist, s Rz 32).
- 34 4. a) Für das minderjährige Kind, welches das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (s § 1740 c, dort Rz 1), stellt sein **gesetzlicher Vertreter** den Antrag (zur **gerichtlichen Zuständigkeit** s im Hinblick auf Abs 2 S 4 [Rz 39] § 1740 a Rz 40). Hier ist ebenfalls zu unterscheiden, ob die Mutter überlebender Elternteil ist oder ob sie gestorben ist (s § 1740 a Rz 6, 8, sowie § 1729 Rz 5).
- 35 Ist die Mutter überlebender Elternteil und besteht die Amtspflegschaft noch (§ 1706 Nr 1), so ist der Amtspfleger gesetzlicher Vertreter, ggf (s § 1707 S 1 Nr 1, 2) die (volljährige) Mutter. Dadurch, daß sie über die Einwilligung zur Ehelicherklärung zu befinden hat (s § 1740 b Abs 1 S 1), ist sie nicht an der gesetzlichen Vertretung verhindert (s § 1740 c Rz 3).
- 36 Ist die Mutter minderjährig, so ist der Vormund des Kindes dessen gesetzlicher Vertreter (s § 1705 Rz 21).
- 37 Ist die Mutter gestorben, so ist der Vormund gesetzlicher Vertreter des Kindes (§ 1773).
- 38 Hat das Kind das 14. Lebensjahr vollendet, so stellt es den Antrag selbst, bedarf aber der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§ 1740 c S 2). Aus dieser Vorschrift ist zu schließen, daß das Kind als *verfahrensfähig* anzusehen ist.
- 39 b) Der Antrag bedarf keiner besonderen Form. Er kann aber **nur im laufenden Verfahren der Ehelicherklärung** gestellt werden (**Abs 2 S 4**), dh auch noch in der Beschwerdeinstanz, jedoch nicht mehr in der Rechtsbeschwerdeinstanz (§ 27 FGG), also auch nicht mehr, wenn der die Ehelicherklärung aussprechende Beschluß formell rechtskräftig geworden ist.
- 40 c) Am **Verfahren beteiligt** sind nur das Kind und der überlebende Elternteil, nicht die in § 1740 d genannten Personen (KEIDEL-KUNTZE § 56 b FGG Rz 20); diese brauchen hier also auch nicht gehört zu werden (sie werden im Verfahren betr die Ehelicherklärung gehört, s § 1740 a Rz 42 f).
- Sind die Eltern gestorben, so ist das Kind allein Verfahrensbeteiligter.
- 41 d) Der Antrag des Kindes bedarf der **Zustimmung des überlebenden Elternteils** (**Abs 2 S 2**), wobei die nachträgliche Zustimmung genügt. Sie muß indes vor der Entscheidung des VormG vorliegen. Sie ist auch dann erforderlich, wenn das Kind schon volljährig ist (s § 1740 b Rz 1).

7. Titel. Legitimation nichtehelicher Kinder

Das Erfordernis der Zustimmung steht im Zusammenhang damit, daß, wenn dem 42
Antrag des Kindes stattgegeben wird, eine Namensgleichheit zwischen Kind und
überlebendem Elternteil beseitigt wird, sowie damit, daß der Elternteil selbst gemäß
§ 1740 g beantragen kann, ihm den Namen des Kindes zu erteilen, um die Namens-
gleichheit (wieder) herzustellen. Der Elternteil stimmt also aus eigenem Recht
zu.

Ist der überlebende Elternteil *beschränkt geschäftsfähig*, so bedarf seine Erklärung 43
nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (analog § 1740 b Abs 3 S 2),
ebenso MünchKomm-HINZ Rz 5; ERMAN-HOLZHAUER Rz 7. Die Zustimmung kann
der überlebende Elternteil auch nur selbst erteilen, dh nicht durch einen Vertreter
(analog § 1740 b Abs 3 S 1).

Die Zustimmung sollte zweckmäßigerweise dem VormG gegenüber erklärt werden; 44
ist die Mutter gesetzliche Vertreterin des Kindes, so kann sie ihre Zustimmung
ohnedies nur gegenüber dem VormG erklären.

e) Ist der Antrag wirksam gestellt und die Zustimmung des überlebenden Elternteils 45
wirksam erteilt, so muß das Gericht (s § 1740 a Rz 40) dem Antrag entsprechen; es
hat also **kein Ermessen** auszuüben (allgM, s zB KEIDEL-KUNTZE § 56 b Rz 20; Münch-
Komm-HINZ Rz 5; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 3).

Das VormG hat auch nicht zu prüfen, ob die Entscheidung dem Wohl des Kindes 46
entspricht oder ob Interessen der Verwandten des verstorbenen Elternteils entge-
genstehen könnten.

Der Beschluß wird wirksam mit der Bekanntmachung an das Kind (§ 16 Abs 1 47
FGG), jedoch nicht vor Wirksamwerden der Ehelicherklärung (BASSENGE § 56 b
Anm 2 b; KEIDEL-KUNTZE § 56 b Rz 21).

f) Gegen die zurückweisende Entscheidung steht nur dem Kinde die Beschwerde zu 48
(§ 20 Abs 2 FGG), die es, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat, selbst einlegen
kann (§ 59 FGG).

Gegen die Namenserteilung ist der überlebende Elternteil beschwerdeberechtigt 49
(§ 20 Abs 1 FGG). Die Beschwerde ist auch dann nicht befristet, wenn die Entschei-
dung – wie wohl regelmäßig – zusammen mit der Ehelicherklärung ergangen ist (s
KEIDEL-KUNTZE § 56 b Rz 22; anders BASSENGE § 56 b Anm 3 c).

g) Das Verfahren ist gerichtsgebührenfrei (§§ 1, 91 HS 2 KostO). 50

5. Die Namenserteilung ist gemäß §§ 30 Abs 2 PStG, 27 Abs 1, 23 Abs 2 AVOPStG 51
dem Standesbeamten mitzuteilen, der das Geburtenbuch führt und dann einen
Randvermerk einzutragen hat (§ 30 Abs 1 PStG).

IV. Spätere Änderungen (Abs 3)

52

Führt das Kind den Familiennamen des überlebenden Elternteils (Abs 2 S 1) und
ändert sich dieser, so sind die Vorschriften des § 1617 Abs 2–4 entsprechend anzu-
wenden. Ist dem Kinde der Name des verstorbenen Elternteils zugesprochen (Abs 2
S 2), so kann eine Änderung des Namens nur eintreten, wenn sie das Kind selbst
betrifft, also zB durch spätere Eheschließung, Adoption oder nach dem NÄG.

Die analoge Anwendung der erwähnten Vorschriften bedeutet, daß insoweit das
Kind wieder wie ein nichteheliches Kind behandelt wird (!). Allerdings ist das Kind
vor Änderungen dadurch geschützt, daß hierzu von der Vollendung des 5. Lebens-
jahres an seine Zustimmung erforderlich ist (§ 1617 Abs 2).

§ 1740 g

Im Falle des § 1740 f Abs 2 Satz 2 bis 4 hat das Vormundschaftsgericht dem überlebenden Elternteil auf dessen Antrag den Familiennamen des Kindes zu erteilen. Die Erteilung ist ausgeschlossen, wenn der überlebende Elternteil nach dem Tode des anderen Elternteils eine Ehe eingegangen ist.

1. EheRG Art 1 Nr 38.

1 I. Entstehungsgeschichte

Die Vorschrift lautete in der Fassung des NEhelG (Art 1 Nr 38):

„Ist das Kind nach dem Tode des Vaters für ehelich erklärt worden, so hat das Vormundschaftsgericht der Mutter auf ihren Antrag den Namen des Vaters zu erteilen, wenn keine schwerwiegenden Gründe entgegenstehen. § 1740 d gilt entsprechend. Die Erteilung des Namens ist ausgeschlossen, wenn sich die Mutter nach dem Tode des Vaters verheiratet hat.“

- 2 Mit dieser Regelung des S 1 sollte die Möglichkeit einer Namensgleichheit zwischen Mutter und Kind geschaffen werden; die Mutter erlangte mit dem Familiennamen des Vaters des Kindes einen „*eheähnlichen Namen*“ (OLG Stuttgart FamRZ 1973, 158 = OLGZ 1973, 189 = Justiz 1973, 53, das weiterhin ausgesprochen hat, durch die Namenserteilung werde der Mutter nicht der Mädchenname entzogen, daher sei sie befugt, den neuen Familiennamen mit dem Zusatz des Mädchennamens [s § 1355 S 2 HS 1 idF des GleichbG] zu führen; zu den Schwierigkeiten, welche die damalige Regelung des § 1740 g zur Folge hatte, s BAUMANN StAZ 1971, 237, 239).
- 3 Die jetzige Fassung des § 1740 g beruht auf dem 1. EheRG. Sie geht auf den RegE (BT-Drucks 7/650) zurück mit redaktionellen Änderungen, die der Rechtsausschuß des BT beschloß (BT-Drucks 7/3119) und die später Gesetz geworden sind (nach den Beschlüssen des Vermittlungsausschusses, BT-Drucks 7/4992, s auch § 1740 f Rz 5 mwH).

In der Begründung des RegE (aaO 178) ist dargelegt, die Regelung solle auch gelten, wenn die Mutter gestorben sei; damit solle die Möglichkeit geschaffen werden, daß, wenn das Kind den Familiennamen der verstorbenen Mutter behalten wolle, dem überlebenden Vater der Name der Mutter solle erteilt werden können, wie ja der Mann, wenn die Ehe zustandegekommen wäre, den Namen der Frau hätte annehmen können (§ 1355 Abs 3).

- 4 In der Begründung der Beschlüsse des Rechtsausschusses des BT (aaO 7) ist ausgeführt, die Ausschlußmehrheit sei der Ansicht, daß hier die Interessen der Angehörigen (des verstorbenen Elternteils des Kindes) gegenüber dem Interesse an der Namensgleichheit zwischen überlebendem Elternteil und Kind zurücktreten müßten; die Interessen der Angehörigen des verstorbenen Elternteils würden bereits im Verfahren der Ehelicherklärung des Kindes geprüft; diese Prüfung reiche nach Ansicht der Ausschlußmehrheit aus, um die Interessen der Angehörigen ausreichend zu wahren, es sei nicht erforderlich, die namensrechtlichen Folgen der Ehelicherklärung wiederum von ihnen abhängen zu lassen. Diese Argumentation war indes nicht zutreffend (s § 1740 a Rz 2, 39, 53).

5 II. Allgemeines

Der Akt des VormG verleiht dem überlebenden Elternteil einen **eheähnlichen Namen** (so auch GERNHUBER § 61 III 6; zur früheren Fassung des § 1740 g s oben Rz 2). Die Interessen der Familie des Verstorbenen werden hintangesetzt (ebenso BEITZKE § 32 II 2 d). Die Neuregelung hat die Konsequenz, daß, wenn das Kind den Familiennamen des verstorbenen Elternteils erhält, der überlebende Elternteil diesen Namen ebenfalls erhalten kann, damit aber evtl den früheren Ehenamen des verstorbenen Verlobten (s § 1740 f Rz 18, 20 ff), der nicht zugleich dessen Geburtsname war, eine Möglichkeit, die bei einer Eheschließung der Verlobten nicht bestanden

hätte, da Ehe-Name nur der Geburtsname eines Ehegatten werden kann (RUTHE FamRZ 1976, 409, 415; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1).

Zu erwähnen ist noch, daß § 1740 g keinen allgemeinen und deshalb auch bei der behördlichen Namensänderung nach dem NÄG anwendbaren Rechtsgedanken des Inhalts enthält, daß die Namensidentität zwischen Mutter und nichtehelichem Kind besonderen Rechtsschutz genieße (BVerwG FamRZ 1975, 38, Rev-Urt zu OVG Lüneburg FamRZ 1972, 387).

III. Voraussetzungen der Namenserteilung

1. a) Erforderlich ist ein *zulässiger Antrag des überlebenden Elternteils*; beschränkte Geschäftsfähigkeit steht dem Antrag hier ebenso wenig entgegen wie einer wirksamen Einwilligung zur Ehelicherklärung (§ 1740 b Abs 3 – diese Vorschrift ist hier entsprechend anzuwenden –). Der Antrag ist wie die Einwilligung eine höchstpersönliche Erklärung, die nicht durch einen Vertreter abgegeben werden darf (entsprechend § 1740 b Abs 3 S 1), ebenso wie die Zustimmung zur Namenserteilung gemäß § 1740 f Abs 2 S 2.

b) Der Antrag ist *formlos*, bedarf also auch nicht der öffentlichen Beglaubigung der Unterschrift (§ 129). Er ist analog § 1740 a Abs 2 iVm § 1724 *bedingungs- und befristungsfeindlich*.

c) Eine Antragsfrist hat das Gesetz nicht vorgeschrieben (vgl GERNHUBER § 61 III 6 Fn 10 a; ERMAN-HOLZHAUER Rz 3; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2 d; KEIDEL-KUNTZE FGG § 56 b Rz 18 m Fn 1); er braucht nicht im Verfahren betr Ehelicherklärung und Namenserteilung (§ 1740 f Abs 2 S 2) gestellt zu werden, ist also nicht befristet bis zur Entscheidung über diese Anträge (anders MünchKomm-Hinz Rz 3). Der Antrag kann auch noch nach (rechtskräftigem) Abschluß der erwähnten Verfahren gestellt werden, zB wenn inzwischen die (nach der Auflösung des Verlöbnisses geschlossene) Ehe geschieden wurde oder der Ehepartner gestorben ist (so auch ERMAN-HOLZHAUER Rz 2; DIEDERICHSEN NJW 1976, 1169, 1176 Fn 110).

2. Voraussetzung ist weiterhin, daß zumindest ein die Ehelicherklärung des Kindes mit dem Antrag des Kindes auf Namenserteilung (§ 1740 f Abs 2 S 2) betreffendes Verfahren anhängig ist; hierzu müssen die Voraussetzungen des § 1740 a S 1 gegeben sein (s dazu § 1740 a Rz 16 ff, insbes 32 ff [Verlöb- niss bis zum Tode des einen Elternteils], 37 [Wohl des Kindes]).

Nicht erforderlich ist, daß das die Ehelicherklärung betreffende Verfahren bereits rechtskräftig abgeschlossen ist (ERMANN-HOLZHAUER Rz 3; KUNTZE aaO Rz 21; anders PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2 c). Davon zu unterscheiden ist die Frage, wann die Namenserteilung an den überlebenden Elternteil wirksam wird (s dazu Rz 17).

§ 1740 g ist nicht, auch nicht analog, auf den Fall anzuwenden, daß die Ehelicherklärung gemäß § 1723 nach dem Tode des Vaters (§ 1733 Abs 2) ausgesprochen wurde (OLG Hamm FamRZ 1972, 151 m Anm BOSCH = [gekürzt] NJW 1972, 1088 = OLGZ 1972, 347).

3. Dem Antrag darf nicht das Hindernis entgegenstehen, daß der überlebende Elternteil sich inzwischen verheiratet hat (§ 2, s aber auch Rz 9 aE).

1. **Örtlich zuständig** ist das VormG, in dessen Bezirk der überlebende Elternteil seinen Wohnsitz oder, wenn er im Gebiet der Bundesrepublik einschließlich West-Berlin keinen Wohnsitz hat, seinen Aufenthalt besitzt; falls beide Elternteile verstorben sind, ist der Wohnsitz oder Aufenthalt des Kindes maßgebend (§ 43 a Abs 3 FGG).

- 15 Funktionell zuständig** ist der Richter, nicht der Rechtspfleger; hier gilt dasselbe wie im Falle der Namenserteilung an das Kind und wie bei der Ehelicherklärung (s § 1740 f Rz 34, § 1740 a Rz 40), und zwar im Hinblick auf den Zusammenhang mit der Namenserteilung an das Kind (zu Unrecht krit PALANDT-DIEDERICHSEN § 1740 g Anm 2 e).
- 16 2. Am Verfahren beteiligt** ist *nur der überlebende Elternteil*; da § 1740 d hier nicht für (entsprechend) anwendbar erklärt ist (s auch Rz 1, 4), sind die Angehörigen des verstorbenen Elternteils nicht beteiligt; doch wird das Gericht sie in dem Ausnahmefall zuziehen müssen, daß Anhaltspunkte dafür bestehen, daß der Antrag des überlebenden Elternteils rechtsmißbräuchlich ist, etwa wenn Gründe vorliegen, die eine Erbunwürdigkeit (§ 2339) zur Folge hätten (so auch DIEDERICHSEN NJW 1976, 1169, 1176 li Sp; MünchKomm-Hinz Rz 4).
- 17 3. Der Beschluß des VormG** (der keine Ermessensentscheidung ist, s § 1740 f Rz 45) über den Antrag des überlebenden Elternteils kann zusammen mit der Entscheidung über die Anträge des Kindes auf Ehelicherklärung und Namenserteilung (s dazu § 1740 f Rz 39, 47) ergehen. In diesem Falle wird die Namenserteilung mit der Bekanntmachung an den Elternteil (§ 16 Abs 1 FGG) und der formellen Rechtskraft der die Ehelicherklärung aussprechenden Entscheidung und mit der Wirksamkeit der Namenserteilung an das Kind (s dazu § 1740 f Rz 47) wirksam, dh also *niemals vor der Wirksamkeit dieser beiden Entscheidungen* (so auch BASSENGE, FGG § 56 b Anm 2 b); im übrigen, wenn das Verfahren nach Abschluß der vom Kind beantragten Verfahren stattfand (s oben Rz 10), mit der Bekanntmachung des Beschlusses an den Elternteil (§ 16 Abs 1, Abs 2 S 2 FGG). § 56 b Abs 1 FGG ist hier nicht für anwendbar erklärt, auch nicht analog anwendbar (so aber offenbar PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 3; wie hier KEIDEL-KUNTZE, FGG § 56 b Rz 22; ERMAN-HOLZHAUER Rz 3; ODESKY Anm VI 39).
- 18** Gegen die ablehnende Entscheidung findet die einfache **Beschwerde** statt (§ 19 FGG), die nur dem Antragsteller zusteht (§ 20 Abs 2 FGG). Gegen den die Namenserteilung aussprechenden Beschluß kann der Elternteil nur mit der Begründung Beschwerde einlegen, er habe keinen oder keinen wirksamen Antrag gestellt. Im übrigen kann er seinen Antrag bis zur formellen Rechtskraft der Ehelicherklärung (wenn diese gleichzeitig erfolgte) zurücknehmen.
Beschwerdeberechtigt sind ggf noch die Angehörigen des verstorbenen Elternteils (s auch oben Rz 16).
- 19 4. Der Beschluß, der die Namenserteilung ausspricht, ist dem Standesamt** mitzuteilen, welches das Geburtenbuch des *Kindes* führt (§ 30 Abs 2 PStG, §§ 27 Abs 1, 23 Abs 2 AVOPStG). Hier ist gemäß § 30 Abs 1 S 2 ein Randvermerk einzutragen, wenn dem überlebenden Elternteil der neue Name des Kindes (§ 1740 f Abs 2 S 2) erteilt worden ist (§ 1740 g). Da keine Heiratsurkunde vorhanden ist, erscheint der „Quasi-Ehename“ nur in dem Randvermerk zum Geburtseintrag des Kindes und in einer für das Kind ausgestellten Geburtsurkunde; nur durch die Vorlage der Geburtsurkunde des Kindes kann der überlebende Elternteil also seinen jetzigen Namen beweisen (!) – s REICHARD StAZ 1976, 177, 183; ebenso PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 3 aE –.
- 20 V. Analog § 1355 Abs 3** wird man hier, gerade da es sich um einen eheähnlichen Namen handelt, zulassen müssen, daß der überlebende Elternteil durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten dem Namen seinen Geburtsnamen oder den zZt der Namenserteilung geführten Familiennamen voranstellt (ebenso PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1; ODESKY Anm V; anders SOERGEL-ROTH-STIELOW; zum früheren Recht s auch oben Rz 2).

J. von Staudingers
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

12., neubearbeitete Auflage

Viertes Buch

Familienrecht

§§ 1741–1772

Erläutert von

Dr. Rainer Frank

Professor an der Universität Freiburg

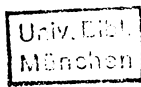
Redaktor

Dr. Helmut Engler

Professor an der Universität Freiburg,
Minister in Baden-Württemberg a. D.

1991

Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., Berlin



Der Bearbeiter der §§ 1741–1772 in der 12. Auflage

Professor Dr. RAINER FRANK

Der Bearbeiter in der 10./11. Auflage

Professor Dr. HELMUT ENGLER

Zitierweise

STAUDINGER-FRANK Vorbem 1 zu §§ 1741 ff

STAUDINGER-FRANK § 1741 Rz 1

Stand der Bearbeitung

Januar 1991

Hinweise

Die **Benutzeranleitung** für das Gesamtwerk befindet sich in einer Lasche im hinteren Einbanddeckel des Bandes mit den §§ 1–89 BGB.

Um in der **Erscheinungsweise des Gesamtwerkes** nicht behindert zu werden, werden die broschiierten und gebundenen Einheiten nicht durchgehend paginiert. Am unteren Rand der Seiten innen in Klammern stehende Seitenzahlen haben nur die Funktion einer Hilfspagina mit Bedeutung für den Buchbinder. Zitiert wird nur nach Randziffern (s. o.). Die Reihenfolge der zu einem Band gehörenden broschiierten Einheiten ergibt sich aus der Paragraphenfolge. Sobald die einen Band bildenden broschiierten Einheiten vorliegen, wird der zuletzt erscheinenden broschiierten Einheit eine Einbanddecke in Halbleder beigegefügt.

ISBN 3-8059-0790-7

© 1991 by Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., Berlin. – Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. – Printed in Germany.

Satz und Druck: Buch- und Offsetdruckerei Wagner GmbH, Nördlingen. – Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, Berlin. – Umschlaggestaltung: Bib Wies, München.

R91/5538

Achter Titel

Annahme als Kind

Vorbemerkungen zu §§ 1741 ff

Schrifttum

1. Juristische Literatur

a) Monographien

BAER-GROSS, Adoption und Adoptionsvermittlung (2. Aufl 1981); BICKLER, Untersuchungen zur Erwachsenenadoption (Diss Gießen 1971); Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung, hrsg von der Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter und überörtlichen Erziehungshilfen (2. Aufl 1988); ENGLER, Auf dem Weg zu einem neuen Adoptionsrecht (1972); FRANK, Grenzen der Adoption (1978); GLÄSSING, Voraussetzungen der Adoption (1957); GROB, Die elterliche Einwilligung in die Adoption (Diss Tübingen 1984); KRAUSE, Die Volljährigenadoption (Diss Freiburg i Br 1971); LÜDERITZ, Adoption (1972); OBERLOSKAMP, H, Wie adoptiere ich ein Kind? (2. Aufl 1988); ROTH, Erbrechtliche Probleme bei der Adoption (Diss Freiburg i Br 1979); ROTH-STIELOW, Adoptionsgesetz – Adoptionsvermittlungsgesetz (1976); SALGO, Pflegekindschaft und Staatsintervention (1987); SCHNITZERLING, Die Adoption (1960).

b) Aufsätze

ARNDT-SCHWEITZER, Zur Ersetzung der elterlichen Adoptionseinwilligung nach § 1747 a BGB, ZBJugR 1974, 201; VON BAR, Zum Problem der Namensreihung nach § 1757 Abs 2 BGB, StAZ 1979, 318; BARTH, Vaterschaftsfeststellung bei gleichzeitiger Adoptionsvermittlung?, ZfJ 1984, 68; ders, Amtsvormundschaft und Adoptionsvermittlung, ZfJ 1985, 347; BEHN, Die Aufhebung des Adoptionsverhältnisses nach dem neuen Recht: zugleich zu den Übergangsvorschriften des neuen Adoptionsgesetzes, ZBJugR 1977, 463; BEITZKE, Internationalrechtliches zur Adoptionsreform, FamRZ 1976, 74; ders, Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zur Kindeszustimmung bei Auslandsadoptionen, StAZ 1990, 68; ders, Zur Neuregelung der Zuständigkeit in Adoptionssachen, FamRZ 1976, 507; BINSCHUS, Schwerpunkte des neuen Adoptionsrechts, ZfF 1976, 193; BISCHOF, Das neue Adoptionsgesetz ab 1.1.1977, Jur Büro 1976, 1569; BOSCH, Zur Volljährigen-Adoption, FamRZ 1964, 401; ders, Die gescheiterte Adoption, FamRZ 1978, 656; ders, Entwicklungen und Probleme des neuen Adoptionsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1984, 829; BRÜGGEMANN, Zweifelsfragen des neuen Adoptionsverfahrensrechts aus der Sicht des Jugendamts, ZBJugR 1977, 199; ders, Schwerpunkte juristischer Problematik in der Tagesarbeit des Amtsvormunds und Amtspflegers, ZBJugR 1982, 538, 548 ff; ders, Der Vorname des Adoptivkindes, ZfJ 1988, 101; BÜHLER, Hinweise und Einzelfragen zum neuen Adoptionsrecht, BWNotZ 1977, 129; CONRADI, Zivilrechtliche Regelung des Stiefkindverhältnisses – Alternative zur Adoption des Stiefkindes?, FamRZ 1980, 103; DICKESCHIED, Gesetzliche Vertretung des nichtehelichen Kindes für die Einwilligung zur Vornamensänderung in der Adoption gem § 1757 II BGB, ZfJ 1988, 375; DIECKMANN, Erbrechtliche Fragen familienrechtlicher Reformgesetze im Spiegel neuerer Lehrbücher, FamRZ 1979, 389, 393 ff; ders, Randfragen des Adoptionsrechts, ZBJugR 1980, 567; DITTMANN, Adoption und Erbrecht, Rpfleger 1978, 277; DOMS, Zum Wegfall des Unterhaltsanspruchs bei Adoption, FamRZ 1981, 325; DÖRR, Die Auswirkungen des Adoptionsgesetzes vom 2. Juli 1976 auf das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht, StAZ 1978, 271; ENGLER, Das neue Adoptionsrecht, FamRZ 1976, 584; ders, Zur Adoption eines nichtehelichen Kindes durch seine Mutter, FamRZ 1975, 325; ders, Wünsche und Pläne zur Neuordnung des Adoptionsrechts, StAZ 1972, 237; ders, Kann bei einer Stiefkindadoption der leibliche Elternteil das Kind vertreten?, Rpfleger 1977, 274; Evangelische Akademikerschaft in Deutschland/Katholischer Akademikerverband, Neuordnung des Adoptionsrechts, FamRZ 1974, 170; FINGER, Belehrung und Beratung durch das Jugendamt nach §§ 1748 Abs 2 BGB, 51 a JWG, DAVorm 1990, 393; ders, Die Ersetzung der Einwilligung eines Elternteils in die Annahme als Kind nach § 1748 BGB, FuR 1990, 183; FLUK, Beeinflußt die Aufhebung eines Adoptionsverhältnisses frühere Verfügungen von Todes wegen?,

BWNotZ 1980, 132; FRANK-WASSERMANN, Entscheidungsanmerkung, FamRZ 1988, 1247; FRITSCHE, Annahme eines Ehepaares durch ein Ehepaar, StAZ 1983, 106; GAWLITTA, Verspätete Beratung durch das Jugendamt im Ersetzungsverfahren zur Adoption?, ZfJ 1988, 110; HECKER, Einfluß der Adoption auf die Staatsangehörigkeit, StAZ 1985, 153; ders., Die Adoption Volljähriger nach § 1772 und der Staatsangehörigkeitserwerb nach § 6 RuStAG, StAZ 1988, 98; HELLERMANN, Kindesannahme durch den Ehegatten nach dem Tode des anderen mit der Rechtswirkung des § 1754 Abs 1 BGB?, FamRZ 1983, 659; HOLZHÄUER, Die Neuregelung des Pflegekindverhältnisses, ZRP 1982, 222, 226 f; KALLABIS, Aids und das Jugendamt – Rechtsprobleme bei der Vermittlung von Pflegschaften und Adoptionen –, ZfJ 1988, 53; KEMP, Bemerkungen zum gesetzlichen Erbrecht bei der Adoption nach neuem Recht, MittRhNotK 1977, 137; KEMPER, Beurkundung des Annahmeartrages durch den Notar nach § 1752 II BGB, DAVorm 1977, 153; KNUR, Zur Reform der Adoption Volljähriger, DNotZ 1959, 284; KRAISS, Das neue Adoptionsrecht, BWNotZ 1977, 1; KRZYWON, Zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1746 Abs. 1 Satz 4 BGB bei inländischen Adoptionsverfahren, BWNotZ 1987, 58; LAKIES, Zum Verhältnis von Pflegekindschaft und Adoption, FamRZ 1990, 698; LISTL, Adoptionsrecht und religiöse Kindererziehung, FamRZ 1974, 74; LÜDERITZ, Das neue Adoptionsrecht, NJW 1976, 1865; MANSEES, Fremdmutterschaft und Adoptionsrecht, ZfJ 1986, 496; MERGENTHALER, Welche Gesetzesbestimmungen muß der Beschluß über die Annahme als Kind enthalten?, StAZ 1977, 292; MÜLLER, Chr. Die verfassungsrechtliche Problematik des Vorranges der Mutter eines nichtehelichen Kindes gegenüber dem Kindesvater im Recht der Adoption, DAVorm 1983, 889; MÜLLER, J. Sozialrechtliche und steuerliche Auswirkungen des neuen Adoptionsrechts, DAVorm 1976, 578; NÄGELE, Auswirkungen des § 1925 IV BGB auf die Erbfolge, BWNotZ 1978, 79; NIED, Zweifachadoption ohne Aufhebung des ersten Adoptionsverhältnisses, StAZ 1982, 23; OBERLOSKAMP, H. Annahme als Kind und Adoptionsvermittlung seit dem 1. 1. 1977, DAVorm 1977, 89; dies., Die Ersetzung der Einwilligung der leiblichen Eltern in die Annahme ihres Kindes (§ 1748 BGB), ZBJugR 1980, 581; OLLMANN, Legitimation während der Inkognitoadoption, FamRZ 1989, 350; OSWALD, Zur steuerlichen Anerkennung von Adoptionen nach altem und nach neuem Recht, FamRZ 1978, 99; PRANG, Volljährigenadoption: Annahme von Ehegatten durch eine Einzelperson. Ausweisung der Adoption in den Personenstandsbüchern, StAZ 1982, 111; RENNER, Zur aufenthaltsrechtlichen Stellung des von einem deutschen Staatsangehörigen adoptierten erwachsenen Ausländers, ZAR 1981, 128; ROTH-STIELOW, Nebeneinander von Amtspflegschaft (§ 1706 BGB) und Amtsvormundschaft (§ 1751 BGB) im Annahmeverfahren, DAVorm 1978, 17; ders., Die Vertretung des Kindes im Annahmeverfahren, NJW 1978, 203; RUTHE, Zum Unterhaltsanspruch des adoptierten Kindes, FamRZ 1977, 30; ders., Die unterhaltsrechtlichen Wirkungen der Volladoption, FamRZ 1979, 388; SAMELUCK, Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gem § 1746 I Satz 4 BGB in Fällen mit Auslandsberührung, ZfJ 1989, 203; SCHEID, Grundrechtsentmündigung der Adoptiv-Großeltern?, DRiZ 1976, 45; ders., Diskriminierung der Adoptiv-Großeltern?, FamRZ 1975, 326; SCHMITT-KAMMLER, Zur erbrechtlichen Problematik der Verwandten- und Stiefkinderadoption nach § 1756 BGB, FamRZ 1978, 570; STÖCKER, Bemerkungen zu drei Streitpunkten der Reform des Adoptionsrechts, FamRZ 1974, 568; STURM, Zur Scheinadoption volljähriger Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland und in der schweizerischen Eidgenossenschaft, Festschrift Firsching (1985), 309; ULLENBRUCH, Betreibung der Vaterschaftsfeststellung bei vorgesehener Adoption eines nichtehelichen Kindes?, ZBJugR 1977, 426; Vorschläge der Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe zur Reform des Adoptionsrechts und des Adoptionsvermittlungsrechts, MittAGJ 64 (1972) S 33; ZIERL, Pränatale Adoption, DRiZ 1984, 108; ZÖLLER, Die Änderung des Vornamens eines Adoptivkindes nach § 1757 Abs 2 BGB im Verhältnis zur Vornamensänderung nach §§ 11, 1 bis 3 des Gesetzes über die Änderung von Familiennamen und Vornamen vom 5. Januar 1938, StAZ 1978, 201; ZOPFS, Kein Regelunterhalt nach der Adoption, FamRZ 1979, 385; ZUR NIEDEN, Mängel des Adoptionsrechts, FamRZ 1956, 68.

2. Nichtjuristische Literatur

BAER, Adoptierte suchen ihre Ursprungsfamilie, NDV 1988, 148; BARTH, Adoption in der Literatur – Entscheidungshilfe und Aufklärung?, ZBJugR 1983, 384; ders., Adoption in der Literatur II – Aufklärung für Betroffene, ZfJ 1988, 83; ders., Soziologische Daten zur Adoption Minderjähriger, ZBJugR 1978, 243; BOHMANN, Adoptivkinder und ihre Familien, Göttingen 1980; BUSH-GOLDMAN, The psychological parenting and permanency principles in child welfare, 52 American Journal of Orthopsychiatry 1982, 223; Diakonisches Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland, Arbeitsausschuß Evangelischer Adoptionsvermittlungsstellen (Hrsg.), Adoption – Annahme als Kind (2. Aufl 1978); EBERTZ, Adoption als Identitätsproblem (1987); FEIGELMAN-SILVERMAN, Chosen chil-

8. Titel. Annahme als Kind

dren. New patterns of adoptive relationships (New York 1983); GERBER (Hrsg), Ja – zum angenommenen Kind (1979); HARMS-STREHLOW (Hrsg), Das Traumkind in der Realität (1990); HOFFMANN-RIEM, Das adoptierte Kind, Familienleben mit doppelter Elternschaft (3. Aufl 1989); HUTH, Adoption und Familiendynamik (1983); JAFFEE-FANSHEL, How they fared in adoption (New York 1970); JUNGMAHN, Aufwachsen in der Adoptivfamilie, Forschungsbericht des Deutschen Jugendinstituts eV (1987); KADUSHIN, Adopting older children (New York 1970); KIRK, Adoptive kinship. A modern institution in need of reform (Toronto 1981); KOWAL-SCHILLING, Adoption through the eyes of adult adoptees, 55 American Journal of Orthopsychiatry 1985, 354; LIFTON, Adoption (1982); NAPP-PETERS, Adoption – Das alleinstehende Kind und seine Familien, (1978); REID-KAGAN-KAMINSKY-HELMER, Adoptions of older institutionalized youth, 68 Social Casework 1987, 140; SOROSKY-BARAN-PANNOR, Adoption. Zueinander kommen – miteinander leben (1982); SWIENTEK, Ich habe mein Kind fortgegeben (1982); dies, Wir haben dich adoptiert: Eltern sprechen mit ihren Adoptivkindern (1986); dies, Die „abgebende Mutter“ im Adoptionsverfahren (1986); TEXTOR, Offene Adoption von Säuglingen, UJ 1988, 530; ders, Offene Adoption älterer Kinder, Jugendwohl 1989, 10; ders, Die unbekannten Eltern, ZfJ 1990, 10; TRISELIOTIS, Counselling adoptees, in: TRISELIOTIS (Hrsg), New Developments in foster care and adoption (London 1989); ders, In search of origins. The experiences of adopted people (London 1973).

3. Schrifttum zum ausländischen Adoptionsrecht

Einen Überblick über das geltende Adoptionsrecht in den europäischen Staaten gibt BEGHÈ LORETI, L'adozione dei minori nelle legislazioni europee (Milano 1986) – m teilw engl Übers. Eine weitere Darstellung des Adoptionsrechts einer Reihe europäischer Staaten (Belgien, Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Italien, Niederlande, Österreich, Portugal, Schweiz, Spanien) findet sich in Rev int dr comp 1985, 502 (L'adoption dans les principales législations européennes). Zahlreiche rechtsvgl Hinw auf europäische und außereuropäische Staaten enthalten die Ausführungen bei STAUDINGER-HENRICH, Vorbem 1–6 zu Art 22 nF. Gesetzl Bestimmungen über die Adoption in ausländischen Staaten sind bei BERGMANN-FERID, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, abgedruckt. Die nachfolgende Zusammenstellung von Literatur zum Adoptionsrecht fremder Staaten kann nur eine erste Hilfe sein.

a) Europäische Rechtsordnungen

Belgien: CASMAN, La réforme de l'adoption, Rev trim dr fam 1988, 9; MEULDERS-KLEIN, Die Reform des Abstammungs- und Adoptionsrechts in Belgien, FamRZ 1989, 696; KLINKHARDT, Neues belgisches Kindschaftsrecht, ZfJ 1988, 542; RUBELLIN-DEVICHI, La réforme de l'adoption, Rev int dr comp 1988, 153;

Dänemark: MARCUS, Das dänische Adoptionsgesetz von 1972, RabelsZ 1974, 194; s auch: KORRISCH, Einführung in das Privatrecht der nordischen Länder (1977) 127;

Frankreich: FERID-SONNENBERGER, Das französische Zivilrecht, Bd 3 (2. Aufl 1987) 407; HAUSER-HUET-WEILLER, Traité de droit civil – La famille – Fondation et vie de la famille (Paris 1989) 625; HUET-WEILLER, Adoption – France, Rev int dr comp 1985, 611;

Griechenland: JAYME-BISSIAS, Adoption und Interessen des Annehmenden nach griechischem Recht, StAZ 1987, 275;

Großbritannien: Association of Child Care Officers, Adoption – The Way Ahead (London 1969); BROMLEY, Bromley's family law (7. Aufl London 1987) 379; Departmental Committee on the Adoption of Children, London HMSO 1970; FLAUSS, Adoption – Angleterre, Rev int dr comp 1985, 539; RICHARDS, Adoption (Bristol 1989); SIEBERT-MICHALAK, Aspekte des Adoptionswesens in Großbritannien, ZfJ 1990, 45;

Italien: BAUERMANN, Das italienische Adoptionsrecht (1977); BRAND, Adoption – Italie, Rev int dr comp 1985, 631; LUTHER, Das italienische sachliche und internationale Adoptionsrecht nach dem Gesetz v 4.5.1983, StAZ 1983, 333;

Luxemburg: FRANCK, Das neue luxemburgische Adoptionsgesetz, StAZ 1975, 17; Änderung des Adoptionsrechts, ZfJ 1990, 512;

Niederlande: PAPANDREOU, Adoption – Pays-Bas, Rev int dr comp 1985, 653;

Österreich: SCHWIMANN (SCHWIMANN-SCHLEMMER), Praxiskommentar zum ABGB, Bd 1, §§ 179–185a (Wien 1990); ders, Das österreichische Adoptionsrecht nach seiner Reform, FamRZ 1973, 345; RIEG, Adoption – Autriche, Rev int dr comp 1985, 557;

4. Buch. 2. Abschnitt. Verwandtschaft

Schweiz: HEGNAUER, Berner Kommentar: Das Familienrecht, Adoption (1975); ders. Grundriß des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts (3. Aufl Bern 1989); EICHENBERGER, Das neue Adoptionsrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, FamRZ 1975, 16; FLORSCH, Adoption – Suisse, Rev int dr comp 1985, 687;

Portugal: PEREIRA COELHO, Adoption – Portugal, Rev int dr comp 1985, 671;

Spanien: ARCE Y FLOREZ-VALDES, El Acogimiento familiar y la adopción en la ley de 11 noviembre de 1987, Rev Gen Leg Jur 1987, 741; BRAND, Adoption – Espagne, Rev int dr comp 1985, 595; JAYME, Neues Adoptionsrecht in Spanien, IPRax 1989, 123;

UdSSR: KUBITZ, In der UdSSR durchgeführte Annahme von sowjetischen Kindern durch den deutschen Ehemann der Kindesmutter, StAZ 1986, 298; SADIKOV, Soviet Civil Law, (Armonk 1988) 480 ff.

b) Außereuropäische Rechtsordnungen

Japan: BRYANT, Sons and Lovers: Adoption in Japan, 38 Am J comp law 1990, 299; KAMITANI, Aktuelle Tendenzen im japanischen Adoptionsrecht, FamRZ 1987, 130; ders., Zur Reform des japanischen Adoptionsrechts, FamRZ 1988, 803;

Kambodscha: Gesetz über Ehe und Familie, StAZ 1990, 304, 309;

Kanada: HEPWORTH, Foster care and adoption in Canada (Ottawa/Ontario 1980);

Lateinamerika: HEINRICH, Adoption in Lateinamerika, ZVglRWiss 1986, 100;

Thailand: MARX, Adoptionsrecht und Adoptionspolitik in Thailand, StAZ 1990, 89;

USA: KRAUSE, Family Law (2. Aufl St Paul/Minnesota 1986) 163; WEYRAUCH-KATZ, American Family Law in Transition (Washington 1983); PÜTTER, Adoption in den USA – Voraussetzungen, Verfahren und Wirkungen (1972).

Systematische Übersicht

I. Entstehungsgeschichte 1

1. Das Europäische Adoptionsübereinkommen v 1967 2
2. Die sog Vorabnovelle v 1973 und das Adoptionsgesetz v 1976 4
 - a) Vorgeschichte 4
 - b) Die sog Vorabnovelle v 1973 5
 - c) Das Adoptionsgesetz v 1976 6
 - d) Inhalt des Adoptionsgesetzes v 1976 7
3. Änderungen nach dem Adoptionsgesetz v 1976 13

II. Die Rechtslage in der ehemaligen DDR

1. Die adoptionsrechtlichen Bestimmungen des Familiengesetzbuches v 20. 12. 1965 14
2. Die intertemporalen Bestimmungen des Einigungsvertrages 21

III. Statistisches

1. Bundesrepublik Deutschland 23
2. Ehemalige DDR 24

IV. Pflegekindschaft und Adoption

1. Gegenüberstellung beider Institute 25
2. Die rechtliche Ausgestaltung des Pflegekindschaftsverhältnisses 28
3. Einzelprobleme 30
 - a) Adoption durch Pflegeeltern 30

- b) Adoption des Pflegekindes durch Dritte 31

4. Das Verhältnis von Pflegekindschaft und Adoption de lege lata – Möglichkeit einer funktionellen Abgrenzung de lege ferenda? 32
 - a) de lege lata 32
 - b) de lege ferenda 34

V. Kinderpsychologische Aspekte von Adoption und Heimerziehung

1. Deprivation 35
2. Entstehung von Deprivationsstörungen 37
3. Folgen der Deprivation, Therapie und Prognose 40
4. Folgerungen für die Adoption 44

VI. Adoption mit Auslandsberührung 47

VII. Übergangsvorschriften (Art 12 §§ 1–7 AdoptG) 48

VIII. Adoptionsvermittlung 83

Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der

8. Titel. Annahme als Kind

Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz) v 27. 11. 1989
(BGBl I 2017) – Gesetzestext –

1. Entstehungsgeschichte 83

2. Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind v 1976 85
3. Gesetz zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes v 1989 90

Alphabetische Übersicht

Adoptionsvermittlung 83 ff

- durch unqualifizierte Vermittler 83
- gewerbsmäßige 83

Adoptionsvermittlungsgesetz 83 ff, 90 f, 94

- Entstehungsgeschichte des -es 83 f, 90 f
- Umgehung des -es 94
- Zweck des -es 85, 91

Adoptionsvermittlungsstelle 86 ff

- anerkannte -n 86
- Erfordernis der Anerkennung als 86
- JugÄ und LJugÄ als -n 86
- Meldepflicht der 88
- zentrale 87

Altadoption, Überleitung einer 48 ff

- Widerspruch gegen die 59 ff, 77, 79, 81
- Altersunterschied zwischen Annehmendem und Kind 16

Annahmeverfahren 9, 70 ff

- schwebende bei Inkrafttreten des AdoptG v 1976 70 ff

Annahmevertrag 55, 60, 65, 71

- Anfechtung des -s 55
- Bestätigung des -s 71
- Sittenwidrigkeit des -s 55

Aufhebung des Annahmeverhältnisses 11,

- 19 ff, 50, 55, 61, 66, 71 f, 78
- durch Vertrag nach altem Recht 50, 71 f
- durch das Jugendamt 19

Ausländer 47, 87

- Adoption durch einen 47, 87
- Adoption eines -s 47, 87

Auslandsadoption, Anerkennung einer 47

Beratung, Rechtsanspruch auf 89

Blankocinwilligung 17

DDR 14 ff, 24

- Adoptionshäufigkeit in der ehemaligen 24
- Rechtslage in der ehemaligen 14 ff
- Dekretsystem 4, 9, 15
- Deprivation 35 ff
- Entstehung von -sstörungen 37 ff
- Folgen, Therapie und Prognose der 40 ff

einfache Adoption 32

Einigungsvertrag, intertemporale Bestimmungen des -s 21 f

Einwilligung 5, 8, 17 ff, 21 f, 30, 55, 59, 73 ff, 79

- Anfechtung der 55

- des Ehegatten nach altem Recht 73

- des nichtehelichen Vaters 8, 17

- elterliche 17 ff, 21, 55, 73 ff

- Entbehrlichkeit der -n 18, 21 f
- Ersetzung der -n 5, 8, 18, 21, 30, 55, 59, 74 f, 77, 79

- persönliche des Kindes 17, 21

Einzelannahme durch eine Frau 52

Entstehungsgeschichte 1 ff

Erbrecht 50, 53 f, 60, 65

- Ausschluß des -s durch Annahmevertrag 60, 65

- anwendbares bei Erbfällen bis 1976 53, 65

- anwendbares bei Erbfällen ab 1977 54

- Veränderung des gesetzlichen -s durch Überleitung 50

Ersatzmutterschaft 91 ff

Ersatzmuttervermittlung 91 ff

Europäisches Adoptionsübereinkommen 2 ff

Frühadoption (»Frühestadoption«) 44

Genehmigung, vormundschaftsgerichtliche nach altem Recht 73

Häufigkeit der Adoption, statistische 23 f

Heim, Meldepflicht des -es 88

Heimbetreuung, negative Auswirkungen der 35 f, 44 ff

- Folgen für die Adoption 44 ff

Inkognitoadoption 17

Insemination, künstliche 90

Jugendamt 15, 18 f

- als Adoptionsvermittlungsstelle 86
- Aufhebung des Annahmeverhältnisses durch das 19
- Beschluß des -es 15
- Klage des -es 18 f

Kinderhandel 95

Kinderlosigkeit, Erfordernis der 5, 8, 74

Landesjugendamt 86 f

- als Adoptionsvermittlungsstelle 86 f
- Anhörung des -s durch das VormG 87
- Leihmutteragentur 90

Meldepflicht 88

– der Adoptionsvermittlungsstelle 88

– des Heims 88

Mindestaltersgrenze für den Annehmen-
den 5, 8, 16

perinatale Schädigung, Verdacht auf 45

Pflegekindschaft 25 ff, 46

– Schutz der 28, 31, 33

– Verhältnis zur Adoption 32 ff

Pflegeperson 28, 30, 34

– Adoption durch die 30

– Herausgabeanspruch gegenüber der 28,
31

– Sorgerechtsübertragung auf die 34

– Vorrang der Eltern vor der 28

Schwachsinn, Verdacht auf 45

Sorgerechtsübertragung 24, 35

– auf den Vater des nichtehelichen Kindes
24

– auf die Pflegeperson 35

Staatsangehörigkeit, Erwerb der deut-
schen durch Adoption 48, 67 ff
Stiefkindadoption 10, 15, 19

Überleitung einer Altadoption (siehe Alt-
adoption, Überleitung einer)

Vater des nichtehelichen Kindes 8, 17, 24
Vermittlungsverbot, bußgeldbewehrtes 86
Vertragssystem 9

Verwandtenadoption 10, 15, 34

Volladoption 3, 4, 10, 12, 15, 32, 48, 56,
58, 64, 75, 79, 81

Volljährigenadoption 12, 16, 22, 48 ff, 55,
57 f, 63 f, 66 ff

– Reichweite der 51

Voraussetzungen der Annahme 8, 76

Widerspruch gegen die Überleitung einer
Altadoption 59 ff, 77, 79, 81

1 I. Entstehungsgeschichte

Die Bearbeitung der Vorauf von Helmut ENGLER war am 31. 12. 1966 abgeschlossen worden. Zur Rechtsentwicklung bis zu diesem Zeitpunkt vgl **Vorauf, Vorbem 1–66 zu § 1741**.

2 1. Das Europäische Adoptionsübereinkommen v 1967

Das EuAdoptÜbEink v 1967 (European Treaty Series Nr 58; BGBl 1980 II 1094 ff; MittAGJJ 57/58, 1969, 35 ff; abgedr auch bei ENGLER 127 ff u LÜDERITZ 109 ff) hat die nationale Entwicklung mitbeeinflusst. Zur Geschichte des Übereinkommens vgl BT-Drucks 8/3529, 20; SCHWIND StAZ 1965, 33; FICKER RabelsZ 30 (1966), 606; OBERLOSKAMP ZBlJugR 1982, 121.

Das Ministerkomitee des Europarats hat auf Wunsch des Sozialausschusses und in Anbetracht der Empfehlung 292 (1961) der Beratenden Versammlung im April 1961 einen ad-hoc-Ausschuß von Rechts- u Sozialsachverständigen einberufen mit dem Auftrag, die Probleme im Zusammenhang mit der internationalen Adoption von Kindern zu prüfen. Dieser Ausschuß stellte fest, daß der beste Weg, angemessene Schutzmaßnahmen für die internationale Adoption von Kindern zu schaffen, darin bestehe, daß sich der **Europarat** mit der Adoption von Kindern im allg befaßt. Aufgrund eines entsprechenden Auftrags durch das Ministerkomitee arbeitete der Ausschuß einen Übereinkommensentwurf aus, der dem Sozialausschuß und dem Europäischen Ausschuß für die rechtl Zusammenarbeit des Europarats vorgelegt wurde. Das Ministerkomitee billigte schließlich den E und legte das Übereinkommen am 24. 4. 1967 zur Unterzeichnung durch die Mitgliedstaaten aus. Die Unterzeichnung durch die Bundesrepublik Deutschland erfolgte noch am gleichen Tag, die Ratifizierung erst durch Ges v 25. 8. 1980 (BGBl I 1093). **In Kraft getreten** ist das Übereinkommen am 11. 2. 1981 (BGBl II 72).

- 3 Das Abkommen zeichnet sich dadurch aus, daß es in seinem Teil II (Artt 4–16) **obligatorische Bestimmungen** zur Ausgestaltung des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten enthält und in Teil III (Artt 17–20) **Regelungen fakultativer Art**,

welche die Mitgliedstaaten gem Art 2 nur „in Erwägung zu ziehen haben“. Das Abkommen selbst enthält kein unmittelbar geltendes Recht. Einzelheiten zum Inhalt des Übereinkommens können der Denkschrift zum GesE der Bundesregierung v 21. 12. 1979 und dem ihr anliegenden erläuternden Bericht (BT-Drucks 8/3529) entnommen werden; vgl auch JANSEN MittAGJJ 49/50 (1967), 50 u OBERLOSKAMP ZBJJugR 1982, 121. Vor allem wegen des in Art 10 verankerten Grundsatzes der **Volladoption** hat die Ratifizierung des EuAdoptÜbEink durch die Bundesrepublik Deutschland lange auf sich warten lassen. Andererseits wurde im deutschen Schrifttum von der Ratifizierung und dem Inkrafttreten des Abkommens kaum mehr Notiz genommen, nachdem den Anforderungen des EuAdoptÜbEink durch das AdoptG v 2. 7. 1976 (BGBl I 1749) in vollem Umfang Rechnung getragen worden war.

2. Die sog Vorabnovelle v 1973 und das Adoptionsgesetz v 1976

a) Vorgeschichte

4

Die Arbeitsgemeinschaft für Jugendpflege und Jugendfürsorge (AGJJ) hatte bereits 1955 einen GesE vorgelegt, in dem ua die Einführung der Volladoption und des Dekretsystems gefordert worden war (MittAGJJ 11 [1955] 9 ff; abgedr auch bei GLÄSSING 128 ff; vgl auch VoraufI Vorbem 45 zu § 1741). Unter dem Eindruck des EuAdoptÜbEink (oben Rz 2) unternahm die AGJJ 1967 erneut einen Vorstoß. Ein Ausschuß prüfte, welche Reformen des nationalen Rechts zur Anpassung an das Abkommen notwendig oder zweckmäßig seien. Das Ergebnis der zweijährigen Arbeit waren 16 Thesen zur Neuregelung des Adoptionsrechts (MittAGJJ 57/58 [1969] 32 ff; abgedr auch bei ENGLER 135 ff; Stellungnahme zu diesen Thesen MENDE ZBJJugR 1970, 189 ff). Auch im juristischen Schrifttum wurde immer dringlicher auf die Notwendigkeit einer Gesamtreform des Adoptionsrechts hingewiesen (BOSCH FamRZ 1970, 497, 503; ENGLER, Auf dem Weg zu einem neuen Adoptionsrecht [1972]; LÜDERITZ, Adoption [1972]). Das NEhelG v 1969 (BGBl I 1243) führte zwar im Adoptionsrecht zu Klärungen, Anpassungen, Ergänzungen, brachte aber keine einschneidenden Änderungen. Immerhin wurde im Zuge dieser Reform erstmals von der BReg klar herausgestellt, daß eine grundlegende Revision des Adoptionsrechts erforderlich sei (RegE BT-Drucks 5/2370, 78; vgl auch VoraufI, Vorbem 40 zu § 1741).

b) Die sog Vorabnovelle v 1973

5

Parlamentarische Aktivitäten folgten Anfang der Siebzigerjahre in immer kürzer werdenden Zeitabständen. Aufgrund eines Initiativantrags der Fraktionen von SPD und FDP (BT-Drucks 6/2367) und eines weiteren Antrags mehrerer Abgeordneter sowie der Fraktion der CDU/CSU (BT-Drucks 6/2591) faßte der BT am 2. 2. 1972 folgende EntschlieÙung (vgl BT-Drucks 6/3067):

„Der Bundestag hält eine Reform des Adoptionsrechts für dringend erforderlich. Er fordert die Bundesregierung auf, sobald wie möglich einen Gesetzentwurf vorzulegen, der das Adoptionsrecht umfassend neu regelt. . . . Sollte die Vorlage des Entwurfs eines solchen umfassenden Reformgesetzes nicht alsbald möglich sein, so wird die Bundesregierung aufgefordert, unverzüglich den Entwurf für eine gesetzliche Neuregelung derjenigen Bestimmungen vorzulegen, die Adoptionen zur Zeit wesentlich erschweren. Dazu gehören vor allem die Bestimmungen über die elterliche Einwilligung, das Mindestalter des Annehmenden und das Erfordernis der Kinderlosigkeit.“

Aufgrund dieser EntschlieÙung legte die BReg vorweg den E eines Ges zur Änderung des Adoptionsrechts vor (BT-Drucks 7/421 mit Stellungnahme des BR; Bericht und Antrag des RAussch BT-Drucks 7/716). In dem E wurde vorgeschla-

gen, die Mindestaltersgrenze für die Annehmenden von 35 auf 25 Jahre herabzusetzen und die engen Bestimmungen über die Ersetzung der elterl Einwilligung in die Adoption zu lockern, insbes auch bei Gleichgültigkeit die Möglichkeit der Ersetzung vorzusehen. Dem Anliegen des E wurde schließlich durch die sog Vorabnovelle v 14. 8. 1973 (Ges zur Änderung von Vorschriften des Adoptionsrechts, BGBl I 1013) Rechnung getragen. Näheres zur Herabsetzung der Mindestaltersgrenze bei § 1743 Rz 3, zur erleichterten Ersetzung der Einwilligung bei § 1748 Rz 4.

6 c) Das Adoptionsgesetz v 1976

Die Gesamtreform des Adoptionsrechts wurde am 7. 9. 1973 durch einen **RefE des Bundesministeriums der Justiz** eingeleitet (DAVorm 1973, 522; Unsere Jugend 1974, 76). Dieser E wurde in der Lit eingehend diskutiert (MittAGJ 70 [1974] Sonderbeilage; Akademikerverbände FamRZ 1974, 170; JAYME FamRZ 1974, 115; MENDE ZBlJugR 1974, 155; wNachw MünchKomm-LÜDERITZ Vor § 1741 Fn 60). Der überarbeitete E wurde am 7. 1. 1975 als **GesE der BReg** (BT-Drucks 7/3061, 4-72) mit Stellungnahme des BR (BT-Drucks 7/3061, 73-83) und Gegenäußerung der BReg (BT-Drucks 7/3061, 84-87) dem BT zugeleitet (zum RegE vgl ENGLER FamRZ 1975, 125; MEYER-STOLTE Rpfleger 1975, 204). Dieser verwies ihn am 23. 1. 1975 an den RAussch. Nach Vorlage des Berichts des RAussch (BT-Drucks 7/5087) wurde am 2. 7. 1976 das „Gesetz über die Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften“ (AdoptG) beschlossen (BGBl I 1749). Es ist am 1. 1. 1977 in Kraft getreten.

7 d) Inhalt des Adoptionsgesetzes v 1976

Der Inhalt des AdoptG v 1976 kann hier nur bzgl einiger wesentlicher Punkte kurz skizziert werden. Im einzelnen wird auf die Darstellung der Entstehungsgeschichte bei der Kommentierung der jeweiligen Paragraphen verwiesen. Einen Überblick über den Inhalt des AdoptG v 1976 geben ua BINSCHUS ZfF 1976, 193; BISCHOF Jur Büro 1976, 1569; ENGLER FamRZ 1976, 584; LÜDERITZ NJW 1976, 1865; OBERLOSKAMP DAVorm 1977, 89 (w LitNachw MünchKomm-LÜDERITZ Vor § 1741 Fn 69).

8 Voraussetzungen der Annahme: Gegenüber der Vorabnovelle wurden die **Mindestaltersvorschriften** bei der Annahme durch ein Ehepaar ein weiteres Mal dahingehend geändert, daß es nunmehr genügt, daß ein Ehegatte das 25., der andere das 21. Lebensjahr vollendet hat (Näheres § 1743 Rz 3). Das Erfordernis der **Kinderlosigkeit** wurde abgeschafft (Näheres § 1745 Rz 4). Dem **Vater des nichtehel Kindes** wurde zwar kein Einwilligungsrecht zuerkannt. Stellt er jedoch selbst einen Antrag auf Ehelicherklärung oder Adoption, so entfaltet dieser Antrag Sperrwirkung gegenüber Anträgen Dritter auf Annahme des Kindes (Näheres § 1747 Rz 2). Was die **Ersetzung der Einwilligung** der Eltern des ehel und der Mutter des nichtehel Kindes anbelangt, so hat das AdoptG v 1976 in § 1748 unter nur unwesentlichen redaktionellen Änderungen die durch die Vorabnovelle eingeführte Regelung übernommen (Näheres § 1748 Rz 5).

9 Annahmeverfahren: Anders als vor der Reform kommt die Adoption nicht mehr durch Vertrag, sondern durch vormundschaftsgerichtl Entscheidung zustande (Dekret- statt Vertragssystem; Näheres § 1752 Rz 1).

10 Wirkungen der Annahme: Die **Volladoption** ersetzt die einfache Adoption alten Rechts. Die Einführung der Volladoption war das zentrale Reformanliegen des AdoptG v 1976. Durch die Annahme werden nunmehr einerseits die Rechtsbeziehungen zwischen Kind und Ursprungsfamilie vollkommen gelöst, andererseits wird das Kind völlig in die Familie seiner Adoptiveltern integriert (Näheres § 1754 Rz 1 u

§ 1755 Rz 1). Lediglich für die **Verwandten- und Stiefkindadoption** enthält § 1756 einige Kompromißregelungen (Näheres § 1756 Rz 1).

Aufhebung des Annahmeverhältnisses: Ein wesentliches Anliegen der Adoptionsrechtsreform war es auch, dem Annahmeverhältnis **verstärkten Bestandsschutz** zu verleihen. Die Möglichkeit, eine Adoption wegen Begründungsmängeln oder wegen späteren Scheiterns aufzuheben, wurde auf seltene Ausnahmefälle beschränkt (Näheres § 1759 Rz 2).

Volljährigenadoption: Die umstrittene Volljährigenadoption war im Zuge der Rechtsreform nicht ernsthaft in Frage gestellt. Sie ist nunmehr in den §§ 1767 ff gegenüber der Minderjährigenadoption selbständig geregelt. Die **Sonderregelung** war notwendig geworden, weil die für Minderjährige eingeführte Volladoption als Regeltyp für die Erwachsenenadoption nicht in Betracht kommt (Näheres § 1770 Rz 1).

3. Änderungen nach dem Adoptionsgesetz v 1976

13

Das AdoptG v 1976 hat eine Reihe von Rechtsvorschriften außerhalb des BGB dem neuen Recht angeglichen. Eine umfassende Anpassung ist jedoch nicht erfolgt. Erforderliche gesetzl Änderungen oder Klarstellungen sollten einem späteren Ges vorbehalten bleiben (vgl BR-Drucks 304/76 u BT-Drucks 8/1495). Diesem Auftrag ist der Gesetzgeber durch das Ges zur Anpassung rechtl Vorschriften an das AdoptG (**Adoptionsanpassungsgesetz** – AdoptAnpG) v 24. 6. 1985 (BGBl I 1144; Begründung BT-Drucks 10/1746, 11 ff) nachgekommen. Geändert wurden öffentlichrechtl Vorschriften, zB das BKGG, die RVO, das AVG, das BVG. Bürgerlichrechtl Bestimmungen waren von den Änderungen nicht betroffen.

Durch das **Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts** v 25. 7. 1986 (BGBl I 1142) wurde in § 1746 Abs 1 der S 4 neu eingefügt (Näheres § 1746 Rz 4).

Durch das **Betreuungsgesetz (BtG)** v 12. 9. 1990 (BGBl I 2002) wurde mit Wirkung v 1. 1. 1992 § 1748 Abs 3 geändert (Näheres § 1748 Rz 57) u § 1768 Abs 2 S 2 ersatzlos aufgehoben (Näheres § 1768 Rz 1).

II. Die Rechtslage in der ehemaligen DDR*

1. Die adoptionsrechtlichen Bestimmungen des Familiengesetzbuches v 20. 12. 1965

14

Die Annahme an Kindes Statt war in den §§ 66–78 des Familiengesetzbuches der DDR (FGB) v 20. 12. 1965 (GBI 1966 I 1) idF des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch der DDR v 19. 6. 1975 (GBI I 517) und des 1. FamRÄndG v

* **Schrifttum:** FGB-Kommentar (Autorenkollektiv unter der Leitung v EBERHARDT), (5. Aufl 1982), Kommentierung zu §§ 66–78 FGB; GRANDKE-ORTH-RIEGER-STOLPE, Zur Wirksamkeit des Erziehungsrechts des FGB, NJ 1979, 345, 349; GRANDKE-WEISS, Gedanken zur familienrechtlichen Ausgestaltung der Annahme an Kindes Statt, Jugendhilfe 1982, 213; HEINRICHS, Zur Entgegennahme der Einwilligung zur Annahme an Kindes Statt durch die Jugendhilfeorgane, Jugendhilfe 1981, 40; KRUSCH, Unsere Leitungserfahrungen und Standpunkte zu Fragen der Annahme an Kindes Statt, Jugendhilfe 1982, 136; Lehrbuch Familienrecht (Autorenkollektiv unter der Leitung v GRANDKE), (3. Aufl 1981), 191–202; LIEBER-LUCK, Zu Klagen auf Ersetzung der Einwilligung der Eltern zur Annahme an Kindes Statt, Jugendhilfe 1981, 201; PÄTZOLD-LUCK, Probleme der Entgegennahme von Einwilligungserklärungen zur Annahme an Kindes Statt durch das Referat Jugendhilfe, Jugendhilfe 1982, 104; REINWARTH, Die Verantwortung der Gerichte für die Entscheidung über das elterliche Erziehungsrecht, NJ 1968, 656, 660; RÜHL, Aufhebung der Annahme an Kindes Statt nach Volljährigkeit des Angenommenen, NJ 1969, 372; SCHLICHT, Das Recht zwischen Eltern und Kindern nach dem neuen FGB der SBZ, ROW 1966, 59, 66; ders, Das

20. 7. 1990 (GBI I 1038) geregelt. Zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten des FGB am 1. 4. 1966 vgl VoraufI Rz 58–62. Die adoptionsrechtl Bestimmungen des FGB (abgedr in der VoraufI Rz 64) waren ihrem sachlichen Gehalt nach bis zum Wirksamwerden des Beitritts der DDR zur Bundesrepublik Deutschland am 3. 10. 1990 unverändert geblieben. Das zum 1. 10. 1990 in Kraft getretene 1. FamRÄndG v 20. 7. 1990 hatte sich nur insoweit ausgewirkt, als der Begriff „Organ der Jugendhilfe“ durch den Begriff „Jugendamt“ ersetzt worden war (vgl Anlage I Ziff 33 zum 1. FamRÄndG). Zur Errichtung und Organisation der JugÄ vgl §§ 6 Abs 2, 7, 9 des Ges zur Errichtung der Strukturen eines neuen Kinder- und Jugendhilferechts – JugendhilfeorganisationsG – v 20. 7. 1990 (GBI I 891).
- 15 Das Recht der DDR folgte dem **Dekretsystem**. Die Entscheidung über die Annahme an Kindes Statt wurde durch **Beschluß des JugA** getroffen (§ 68 Abs. 1 S 1 FGB; § 13 JugendhilfeorganisationsG iVm § 18 Abs 1 Nr 2 c der JugendhilfeVO v 3. 3. 1966, GBI II 215). Die Annahme an Kindes Statt war als **Volladoption** ausgestaltet. Durch die Adoption erlangte das Kind die rechtl Stellung eines leibl Kindes des Annehmenden (§ 66 S 2 FGB); die Rechtswirkungen der Annahme erstreckten sich auch auf die Verwandten des Annehmenden bzw auf die Abkömmlinge des Kindes (§ 72 Abs 1 FGB). Lediglich ein Eheverbot zwischen dem Kind und den Verwandten des Annehmenden wurde durch die Adoption nicht begründet (§ 72 Abs 2 FGB). Die Annahme führte zum Erlöschen aller aus dem Verhältnis zwischen dem Kind und seinen leibl Verwandten aufsteigender Linie sich ergebenden Rechte und Pflichten (§ 73 Abs 1 FGB). Zum Sonderfall der **Stiefkindadoption** vgl § 73 Abs 2 FGB. Sondervorschriften für die **Verwandtenadoption** sah das FGB nicht vor.
- 16 Die Annahme setzte nach § 67 Abs 1 S 1 FGB die Volljährigkeit des Annehmenden voraus, und zwischen dem Annehmenden und dem Kind sollte ein angemessener Altersunterschied bestehen (§ 67 Abs 1 S 3 FGB). Anders als das BGB kannte das FGB **keine Volljährigenadoption** (vgl § 67 Abs 1 S 2 FGB).
- 17 Zur Annahme bedurfte es der **Einwilligung** der Eltern des Kindes (§ 69 Abs 1 S 1 1. HS FGB) und ggf eines anderen gesetzl Vertreters (§ 69 Abs 1 S 3 FGB). Die Einwilligung des nichtehel Vaters war nur erforderlich, wenn ihm das elterl Erziehungsrecht übertragen worden war (§ 69 Abs 1 S 2 FGB). Hatte das Kind das 14. Lebensjahr vollendet, so bedurfte es auch seiner persönlichen Einwilligung (§ 69 Abs 1 S 1 2. HS FGB). Die **Inkognitoadoption** war ausdrücklich vorgesehen (§ 69 Abs 3 FGB); eine **Blankoeinwilligung** war zulässig.
- 18 Die **Einwilligung** des Elternteils konnte auf Klage des JugA durch das Gericht **ersetzt** werden, wenn die Verweigerung der Einwilligung dem Wohle des Kindes entgegenstand oder sich aus dem bisherigen Verhalten des Elternteils ergeben hat, daß ihm das Kind und seine Entwicklung gleichgültig waren (§ 70 Abs 1 FGB). Zur Anwendung des § 70 Abs 1 FGB durch die Gerichte vgl die Richtlinie Nr 25 des Plenums des Obersten Gerichts der DDR zu Erziehungsrechtsentscheidungen v 25. 9. 1968 (GBI II 847) idF des Beschlusses v 17. 12. 1975 (GBI 1976 I 182), Abschnitt E (Ziff 37–42). Die **Einwilligung** des Elternteils war nach § 70 Abs 2 FGB **entbehrlich**, wenn dieser zur Abgabe einer Erklärung für eine nicht absehbare Zeit außerstande war, ihm das Erziehungsrecht entzogen worden war oder sein Aufenthalt nicht ermittelt werden konnte.

Familien- und Familienverfahrensrecht der DDR (1970) 176–183; SZEWCZYK, Ist frühkindlicher Hirnschaden eine „schwere unheilbare Krankheit“, die zur Aufhebung der Adoption berechtigt?, NJ 1973, 486; WESTEN in: BÖHM ua, Innerdeutsche Rechtsbeziehungen (1988) 160–161; WESTEN-SCHLEIDER, Zivilrecht im Systemvergleich (1984) 776–779.

Das Annahmeverhältnis konnte aufgehoben werden

19

- durch das **Gericht auf Klage der leibl Eltern**, wenn eine erforderliche elterl Einwilligung nicht eingeholt worden war, der Aufenthalt der Eltern nicht hatte ermittelt werden können oder sie zur Abgabe einer Erklärung außerstande gewesen waren und die Aufhebung dem Wohle des Kindes entsprach (§ 74 Abs 1 FGB); die Klage konnte nach § 74 Abs 2 S 2, 3 FGB allerdings nur innerhalb eines Jahres ab Kenntniserlangung des Klägers von der Annahme an Kindes Statt bzw ab Wiederherstellung seiner Fähigkeit zur Abgabe einer Willenserklärung erhoben werden;
- durch das **Gericht auf Klage des JugA**, wenn der Annehmende die elterl Pflichten schuldhaft so schwer verletzt hatte, daß die Entwicklung des Kindes dadurch gefährdet war (§ 75 Abs 1 FGB);
- durch das **Gericht auf Klage des Annehmenden**, wenn sich innerhalb von 5 Jahren seit der Annahme an Kindes Statt herausstellte, daß das Kind an einer schweren unheilbaren Krankheit litt, die das Entstehen oder den Bestand eines echten Eltern-Kind-Verhältnisses unmöglich machte, oder wenn das Kind einen schweren Angriff auf das Leben oder die Gesundheit des Annehmenden, dessen Ehegatten oder deren Kinder verübt hatte (§ 76 Abs 1 FGB); die Klage war nur innerhalb eines Jahres ab Kenntniserlangung der zur Klage berechtigenden Tatsachen seitens des Annehmenden zulässig (§ 76 Abs 2 S 2, 3 FGB);
- durch das **JugA auf Antrag des Annehmenden**, wenn bei einer Stiefkindadoption die Ehe vor Eintritt der Volljährigkeit des Kindes beendet worden war und ein echtes Eltern-Kind-Verhältnis nicht mehr bestand (§ 73 Abs 2 S 2 FGB);
- in besonderen Ausnahmefällen durch das **staatliche Notariat auf gemeinsamen Antrag** des Annehmenden und des Angenommenen, wenn der Angenommene volljährig geworden war (§ 77 Abs 1 FGB).

Die Aufhebung der Annahme an Kindes Statt führte zum Erlöschen der zwischen dem Annehmenden und dessen Verwandten einerseits und dem Angenommenen und seinen Abkömmlingen andererseits bestehenden rechtl Beziehungen (§ 78 Abs 1 FGB) und gleichzeitig zum Wiederaufleben der rechtl Beziehungen zwischen dem Kind und seinen Verwandten aufsteigender Linie mit Ausnahme des elterl Erziehungsrechtes (§ 78 Abs 2 FGB); war das Kind noch minderjährig, so konnte das Gericht im Aufhebungsverfahren auf Antrag des JugA den Eltern oder einem Elternteil das Erziehungsrecht übertragen (§ 78 Abs 3 FGB).

2. Die intertemporalen Bestimmungen des Einigungsvertrages

21

Der durch den Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag – v 31. 8. 1990 (BGBl II 889) eingeführte Art 234 § 1 EGBGB statuiert den Grundsatz, daß das 4. Buch des BGB für alle familienrechtl Verhältnisse, die am Tag des Wirksamwerdens des Beitritts bestehen, gilt. Für die Annahme als Kind enthält **Art 234 § 13 EGBGB** eine besondere **Übergangsvorschrift**:

(1) Für Annahmeverhältnisse, die vor dem Wirksamwerden des Beitritts begründet worden sind, gelten § 1755 Abs. 1 Satz 2, §§ 1756, 1760 Abs. 2 Buchstabe e und §§ 1767 bis 1772 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht. § 1766 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt nicht, wenn die Ehe vor dem Wirksamwerden des Beitritts geschlossen worden ist.

(2) Vor dem Wirksamwerden des Beitritts ergangene Entscheidungen des Gerichts, durch die ein Annahmeverhältnis aufgehoben worden ist, bleiben unberührt. Dasselbe gilt für Entscheidungen

eines staatlichen Organs, durch die ein Annahmeverhältnis aufgehoben worden ist und die vor dem Wirksamwerden des Beitritts wirksam geworden sind.

(3) Ist ein Annahmeverhältnis vor dem Wirksamwerden des Beitritts ohne die Einwilligung des Kindes oder eines Elternteils begründet worden, so kann es aus diesem Grund nur aufgehoben werden, wenn die Einwilligung nach dem bisherigen Recht erforderlich war.

(4) Ist ein Annahmeverhältnis vor dem Wirksamwerden des Beitritts begründet worden und war die Einwilligung eines Elternteils nach dem bisherigen Recht nicht erforderlich, weil

1. dieser Elternteil zur Abgabe einer Erklärung für eine nicht absehbare Zeit außerstande war oder

2. der Aufenthalt dieses Elternteils nicht ermittelt werden konnte,

so kann das Annahmeverhältnis gleichwohl auf Antrag dieses Elternteils aufgehoben werden. § 1761 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend. Der Antrag kann nur innerhalb eines Jahres gestellt werden, wenn seit der Annahme noch keine drei Jahre verstrichen sind. Die Frist beginnt im Fall des Satzes 1 Nr. 1 mit dem Zeitpunkt, in dem der Elternteil die Fähigkeit zur Abgabe einer Erklärung wiedererlangt; im Fall des Satzes 1 Nr. 2 beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt, in dem dem Elternteil bekannt wird, daß die Annahme ohne seine Einwilligung erfolgt ist.

(5) Ist ein Annahmeverhältnis vor dem Wirksamwerden des Beitritts begründet worden und war die Einwilligung eines Elternteils nach dem bisherigen Recht nicht erforderlich, weil diesem Elternteil das Erziehungsrecht entzogen war, so kann das Annahmeverhältnis gleichwohl auf Antrag dieses Elternteils aufgehoben werden. § 1761 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend. Der Antrag kann nur bis zum Ablauf eines Jahres nach Wirksamwerden des Beitritts gestellt werden.

(6) Ist ein Annahmeverhältnis vor dem Wirksamwerden des Beitritts begründet worden und ist die Einwilligung eines Elternteils ersetzt worden, weil ihre Verweigerung dem Wohle des Kindes entgegenstand, so gilt Absatz 5 entsprechend.

(7) Ist über die Klage eines leiblichen Elternteils auf Aufhebung eines Annahmeverhältnisses am Tag des Wirksamwerdens des Beitritts noch nicht rechtskräftig entschieden worden, so gilt die Klage als Antrag auf Aufhebung des Annahmeverhältnisses. § 1762 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt nicht.

22 Die Übergangsvorschrift des Art 234 § 13 EGBGB wird in den **Erläuterungen zu den Anlagen zum Einigungsvertrag (BT-Drucks 11/7817, 46)** wie folgt begründet:

„Die Rechtswirkungen, die das bisher geltende Recht der ‚Annahme an Kindes Statt‘ beimißt, entspricht im wesentlichen den Rechtsfolgen, die das BGB an die Annahme als Kind knüpft. Mit der Überleitung des BGB gelten, wie sich aus dem Grundsatz des Artikel 234 § 1 EGBGB ergibt, deshalb die Rechtsfolgen des neuen Rechts auch für bereits bestehende Annahmeverhältnisse.

Eine Ausnahme gilt nach Absatz 1 für § 1755 Absatz 1 Satz 2, § 1756 BGB, die in dem bisher geltenden Recht keine Entsprechung finden. Eine Überleitung dieser Vorschriften auf am Tag des Wirksamwerdens des Beitritts (Stichtag) bestehende Annahmeverhältnisse würde bewirken, daß bereits erloschene Rechtsbeziehungen wieder aufleben; dies soll vermieden werden. Das bisher geltende Recht kennt keine Annahme Volljähriger. Für vor dem Inkrafttreten des Familiengesetzbuchs der Deutschen Demokratischen Republik unter Volljährigen begründete Annahmeverhältnisse gelten die allgemeinen Vorschriften über die Annahme an Kindes Statt (§ 2 EGFG). Absatz 1 schreibt deshalb vor, daß die besonderen Vorschriften des BGB über die Annahme Volljähriger auf die am Tag des Wirksamwerdens des Beitritts (Stichtag) bestehenden Annahmeverhältnisse keine Anwendung finden. Das bisher geltende Recht kennt keine dem § 1747 Absatz 3 Satz 1 vergleichbare Regelung. Absatz 1 schließt deshalb die Möglichkeit des § 1760 Absatz 2 Buchstabe c BGB aus, ein Annahmeverhältnis aufzuheben, weil ein Elternteil seine Einwilligung in die Annahme vor Ablauf der in § 1747 Absatz 3 Satz 1 BGB bestimmten Frist erteilt hat.

Absatz 2 konkretisiert die bereits in Artikel 18 und 19 des Einigungsvertrags niedergelegten Grundsätze: Gerichtliche Entscheidungen, durch die ein Annahmeverhältnis aufgehoben wird, bleiben von der Überleitung des BGB unberührt, wenn sie vor dem Tag des Wirksamwerdens des Beitritts (Stichtag) ergangen sind. Dasselbe gilt für entsprechende Entscheidungen anderer staatlicher Organe, wenn sie vor dem Stichtag wirksam geworden sind.

Die künftige Aufhebung von Annahmeverhältnissen bestimmt sich mit der Überleitung des BGB nach neuem Recht. Dies gilt gemäß Artikel 234 § 1 EGBGB auch dann, wenn das aufzuhebende Annahmeverhältnis vor dem Tag des Wirksamwerdens des Beitritts (Stichtag) begründet worden ist – dies allerdings nur mit den in Absatz 3 bis 6 bezeichneten Maßgaben:

- Nach Absatz 3 kann ein vor dem Tag des Wirksamwerdens des Beitritts (Stichtag) begründetes Annahmeverhältnis gemäß § 1760 BGB wegen des Fehlens einer Einwilligung des Kindes oder eines Elternteils nur aufgehoben werden, wenn die Einwilligung nach dem bisherigen Recht erforderlich war.
- Nach dem bisher geltenden Recht ist die Einwilligung eines Elternteils in die Annahme seines Kindes nicht erforderlich, wenn der Elternteil zur Abgabe einer Erklärung für eine nicht absehbare Zeit außerstande war oder der Aufenthalt dieses Elternteils nicht ermittelt werden konnte. Das bisher geltende Recht gibt diesem Elternteil allerdings die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen die Aufhebung des Annahmeverhältnisses zu verlangen (§§ 70 Absatz 2, 74 FGB). Absatz 3 will dem betroffenen Elternteil diese Möglichkeit erhalten.
- Nach dem bisher geltenden Recht ist die Einwilligung eines Elternteils in die Annahme nicht erforderlich, wenn ihm das Erziehungsrecht entzogen worden ist; außerdem kann die Einwilligung eines Elternteils immer schon dann ersetzt werden, wenn er die Einwilligung verweigert und diese Verweigerung dem Wohle des Kindes entgegensteht (§ 70 FGB). Absatz 5 und 6 wollen in beiden Fällen den Eltern die Möglichkeit eröffnen, die ohne ihre Einwilligung erfolgte Annahme ihres Kindes am Maßstab des § 1761 BGB überprüfen zu lassen.

Absatz 7 stellt klar, daß abhängige Klagen auf Aufhebung eines Annahmeverhältnisses nunmehr als Antrag auf Aufhebung des Annahmeverhältnisses gelten; die Formvorschrift des § 1762 Absatz 3 BGB gilt für sie nicht. Damit wird eine erneute Antragstellung entbehrlich und die Gefahr einer Verfristung ausgeschlossen.“

III. Statistisches

1. Bundesrepublik Deutschland

23

Die Adoption von Minderjährigen wird vom Statistischen Bundesamt* jährlich erfaßt:

Jahr	Adoption Minderjäh- riger insg	davon durch Verwandte ¹	davon durch Stiefeltern ²	davon ausl Kinder	zur Adoption vorgesehene Minderj	Adoptions- bewerber
1950	4279				3949	2 334
1951	5430				4416	3 019
1952	5820				4159	3 165
1953	6189				4150	2 917
1954	6280				4543	2 706
1955	8205				4498	2 602
1956	8044				4915	2 812
1957	8142				4722	2 860
1958	7679				4833	2 855
1959	7667				4800	2 977
1960	6158				4850	2 940
1961	7389				4811	2 820
1962	7228				4710	3 249

* **Quelle:** Begründung RegE, BT-Drucks 7/3061, 18; ab 1975: Statistisches Bundesamt, Fachserie 13: Sozialleistungen, Reihe 6: Öffentliche Jugendhilfe; ab 1980 dass, Reihe 6: Jugendhilfe; ab 1982 dass, Reihe 6.1: Erzieherische Hilfen und Aufwand für die Jugendhilfe.

¹ Als „verwandt“ gelten nach Auskunft des Statistischen Bundesamtes Verwandte u Verschwägte bis zum dritten Grad. Erfaßt werden also auch Adoptionen des eigenen nichtehel Kindes. Bis 1981 zählten auch Stiefkindadoptionen zu den Verwandtenadoptionen.

² Ab 1982 werden Stiefkindadoptionen gesondert ausgewiesen.

Jahr	Adoption Minderjäh- riger insg	davon durch Verwandte ¹	davon durch Stiefeltern ²	davon ausl Kinder	zur Adoption vorgesehene Minderj	Adoptions- bewerber
1963	7608	2169			4844	3 828
1964	7684	1928			5030	4 257
1965	7748	2058			4499	4 455
1966	7481	1984			3984	4 512
1967	7249	1887			4053	4 861
1968	7092	1761			3869	5 224
1969	7366	1952			3392	5 345
1970	7165	1918			3157	6 009
1971	7337	2037			3098	6 537
1972	7269	1848			3230	7 632
1973	7745	2017			3368	9 211
1974	8530	2218			3334	12 210
1975	9308	2540			3076	15 674
1976	9551	2564			2994	17 909
1977	10 074	2959			3194	18 817
1978	11 224	3555			2913	18 884
1979	9905	3867			2950	20 014
1980	9298	3102			2819	20 282
1981	9091	3602			2766	19 180
1982	9145	535	3433	1117	6850 ³ 1035 ⁴	20 746
1983	8801	431	3383	1041	6467 ³ 884 ⁴	21 249
1984	8543	446	3562	1085	5967 ³ 822 ⁴	20 003
1985	7974	380	3491	1066	5689 ³ 672 ⁴	19 726
1986	7875	370	3497	1115	5417 ³ 726 ⁴	21 071
1987	7694	349	3566	1136	5315 ³ 608 ⁴	20 806
1988	7481	347	3697	1253	4987 ³ 639 ⁴	20 183

24 2. Ehemalige DDR

Statistische Angaben aus der ehemaligen DDR waren nicht verfügbar. Auf Anfrage teilte Frau Prof Anita GRANDKE (Humboldtuniversität Berlin) mit Schreiben v 30.11.1990 freundlicherweise folgendes mit: „In der ehemaligen DDR wurden ziemlich konstant pro Jahr **2700 bis 3000 Kinder** an Kindes Statt angenommen. **Knapp 30% davon werden von ihren Stiefvätern, seltener auch von ihren Stiefmüttern** angenommen. Die **Verwandtenadoption** wurde nicht besonders ausgewiesen, zumal sie überaus selten war. Die Großeltern und die Väter nichtehel Kinder konnten nach § 46 Abs 2 FGB das Erziehungsrecht erhalten, was der Adoption grds vorgezogen wurde. Bei der Aufnahme des Kindes durch Verwandte aus der Seitenlinie blieb es aus dem gleichen Grund in aller Regel bei der Pflegekindschaft.“

³ In Adoptionspflege untergebrachte Minderjährige.

⁴ Zur Adoption vorgemerkte Minderjährige.

VI. Pflegekindschaft und Adoption

1. Gegenüberstellung beider Institute

25

Pflegekindschaft und Adoption sind zwei unterschiedliche Formen der Pflege und Erziehung von Kindern, die – aus welchen Gründen auch immer – nicht in ihrer Ursprungsfamilie versorgt werden (können) (LAKIES FamRZ 1990, 698). Während es jedoch bei der **Adoption** um eine endgültige Neuordnung des Kindes geht, stellt die **Familienpflege** eine Maßnahme dar, mit deren Hilfe ein Kind vorübergehend von anderen als den leibl Eltern versorgt werden soll. Das Pflegekindschaftsverhältnis hat im BGB erst nachträglich und auch nur punktuell eine Regelung erfahren. Zur **Geschichte des Rechts der Pflegekinder** vgl VoraufI, Vorbem 72 ff zu § 1741.

Bei der Adoption werden Elternrechte und Elternpflichten vollständig und endgültig aufgehoben. Mit der Annahme des Kindes erlöschen das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zu den bisherigen Verwandten und die sich aus ihm ergebenden Rechte und Pflichten (§ 1755 Abs 1 S 1). Das Kind erlangt die rechtl Stellung eines ehel Kindes (§ 1754). Das künstlich geschaffene Eltern-Kind-Verhältnis ist nur unter engen Voraussetzungen auflösbar (§§ 1759 ff). Demgegenüber ist bei der Familienpflege die Rückführung des Kindes in die Herkunftsfamilie von vornherein beabsichtigt, wenngleich es in der Praxis oft zu einer sog Dauerpflegschaft kommt (BAER FamRZ 1982, 221).

Während das Adoptivkind rechtl *und* tatsächlich seinen Adoptiveltern zugeordnet wird, gehört das Pflegekind rechtl weiter seiner Ursprungsfamilie an, obwohl es tatsächlich Bindungen zu den Pflegepersonen entwickelt (soziale oder faktische Elternschaft). Daher wird vielfach angenommen, daß die erforderliche Kontinuität der Pflege und Erziehung durch eine Adoption besser gewährleistet sei als durch ein Pflegekindschaftsverhältnis (MünchKomm-LÜDERITZ Vor § 1741 Rz 6; SALGO 370).

2. Die rechtliche Ausgestaltung des Pflegekindschaftsverhältnisses

28

Das **Auseinanderfallen von tatsächlicher und rechtl Zuordnung** kann zu schwierigen Konfliktsituationen führen. Mit § 1630 Abs 3 hat das Ges zur Neuregelung des Rechts der elterl Sorge v 1979 (BGBl I 1061) für die Eltern eine Möglichkeit geschaffen, Angelegenheiten der elterl Sorge durch das VormG auf die Pflegeperson übertragen zu lassen (Näheres BAER FamRZ 1982, 221, 228–230). Die Pflegeperson erhält dann insoweit die Rechtsstellung eines Pflegers und damit auch die Möglichkeit gesetzl Vertretung. Auf diese Weise wird die ordnungsgemäße tägliche Betreuung des Kindes ermöglicht (BT-Drucks 8/2788, 47). Der Schutz des Pflegekindschaftsverhältnisses besteht indes nur solange, als die leibl Eltern die Übertragung nicht wieder rückgängig machen. Einem entsprechenden Antrag muß das Gericht jederzeit und unverzüglich stattgeben (MünchKomm-HINZ § 1630 Rz 24; GERNHUBER § 53 II 2; GLEISSI-SUTTNER FamRZ 1982, 122, 124).

Probleme entstehen insbes, wenn die sorgeberechtigten Eltern das Kind von den Pflegeeltern herausverlangen. Falls das Kind seit längerer Zeit in Familienpflege lebt, kann gem § 1632 Abs 4, der ebenfalls auf das Ges zur Neuregelung des Rechts der elterl Sorge v 1979 zurückgeht, das VormG von Amts wegen oder auf Antrag der Pflegeperson anordnen, daß das Kind bei der Pflegeperson verbleibt (Näheres BAER FamRZ 1982, 221, 223 ff; FINGER ZfJ 1985, 341; MÜNDER NJW 1986, 811; SALGO NJW 1985, 413; ELL, Wieder zu den Eltern? Über die Herausnahme von Kindern aus der Dauerpflege [1990]). Die Verbleibensanordnung darf nur ergehen, wenn und solange die Voraussetzungen des § 1666 Abs 1 S 1 insbes im Hinblick auf

Anlaß und Dauer der Familienpflege gegeben sind. Bei einem Streit um den Aufenthalt des Kindes kommt den leibl Eltern allerdings grds der Vorrang zu (Art 6 Abs 2 GG). § 1632 Abs 4 schützt nur davor, daß die leibl Eltern ihr Kind *zur Unzeit* aus der Familienpflege herausnehmen (BVerfGE 68, 176, 185 = NJW 1985, 423 = FamRZ 1985, 39, 41; BT-Drucks 8/2788, 40). Trotzdem kann kein Zweifel daran bestehen, daß § 1632 Abs 4 dazu dient, gewachsene Bindungen des Kindes zu seinen Pflegeeltern zu erhalten. Gelegentlich wird deshalb das iS des § 1632 Abs 4 verfestigte Pflegeverhältnis als „faktische Adoption“ (BAER FamRZ 1982, 221, 225; LAKIES FamRZ 1990, 698, 699) oder als „Kryptoadoption“ (SCHWAB, Gutachten für den 54. DJT [1982], Verh Bd II [Sitzungsberichte] Teil I, 180) bezeichnet.

- 29 Neben den beiden materiellrechtl Bestimmungen der §§ 1630 Abs 3 u 1632 Abs 4 wurde durch das Ges zur Neuregelung des Rechts der elterl Sorge v 1979 noch die verfahrensrechtl Vorschrift des § 50 c FGG eingeführt, die dem Gericht eine Anhörung der Person vorschreibt, bei der sich das Kind seit längerer Zeit in Familienpflege befindet.

3. Einzelprobleme

30 a) Adoption durch Pflegeeltern

Wollen die Pflegeeltern das Kind adoptieren, verweigern aber die leibl Eltern die nach § 1747 erforderliche Einwilligung, so stellt sich die Frage nach deren **Ersetzung durch das VormG gem § 1748**. Den nach dieser Vorschrift geforderten unverhältnismäßigen Nachteil für das Kind im Falle des Unterbleibens einer Adoption hat die Rspr früher zT mit dem Argument verneint, daß sich für das Kind faktisch nichts ändere, wenn es nur weiterhin als Pflegekind gut versorgt bleibe (Nachw § 1748 Rz 43). Dies führte zu dem paradoxen Ergebnis, daß adoptionswillige Pflegeeltern es ablehnen mußten, das Kind auch ohne Adoption zu behalten, um mit eben dieser Argumentation die Annahme zu erzwingen. Mittlerweile gehen Rspr u Lehre aber davon aus, daß ein Nachteil iS des § 1748 Abs 1 S 1 auch dann zu bejahen ist, wenn die Pflegeeltern bereit wären, das Kind auch ohne Adoption zu behalten (Nachw § 1748 Rz 43). Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß der Status eines Pflegekindes rechtl ungesichert sei und das Kind Anspruch auf Klarheit und Sicherheit seiner familiären Beziehungen habe (Näheres § 1748 Rz 43).

31 b) Adoption des Pflegekindes durch Dritte

Eine Gefahr für den Bestand des Dauerpflegeverhältnisses besteht auch dann, wenn Dritte das Kind adoptieren wollen. Einem Herausgabeverlangen steht in einem solchen Fall zwar regelmäßig nicht Art 6 Abs 1 u 3 GG entgegen, da diese Vorschrift im Zusammenhang mit Art 6 Abs 2 GG gesehen werden muß, auf den sich aber die Pflegeeltern gerade nicht berufen können. Eine Ausnahme liegt dann vor, wenn etwa die Pflegeeltern während einer jahrelangen Dauerpflege das Kind betreut haben oder andere ins Gewicht fallende Umstände von Verfassungs wegen eine Auflösung der Pflegefamilie verbieten (BVerfGE 79, 51, 60 = NJW 1989, 519 = FamRZ 1989, 31, 33). Jedoch gebieten die Menschenwürde des Kindes und sein Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit iS der Artt 1 Abs 1 u 2 Abs 1 GG, daß gewachsene Bindungen nicht ohne gewichtigen Grund zerstört werden. Das Wohl des Kindes verlangt allerdings auch eine Entscheidung, die ihm ein Höchstmaß an Geborgenheit gewährleistet. Anders als bei einer Herausnahme des Kindes zum Zwecke des bloßen Wechsels der Pflegefamilie ist dies bei einer angestrebten Adoption in besonderer Weise gewährleistet. Nach BVerfGE 79, 51 = NJW 1989,

519 = FamRZ 1989, 31 darf deshalb ein Kind aus einer Pflegefamilie auch dann herausgenommen und in eine vorgesehene Adoptivfamilie übergeführt werden, wenn psychische Beeinträchtigungen des Kindes als Folge der Trennung nicht schlechthin ausgeschlossen werden können. Die Adoption hängt in einem solchen Fall davon ab, ob die vorgesehenen Adoptiveltern in der Lage sind, das Kind ohne dauerhafte Schädigungen in ihre Familie zu integrieren (Art 6 Abs 2 S 2 GG).

4. Das Verhältnis von Pflegekindschaft und Adoption *de lege lata* – Möglichkeit einer funktionellen Abgrenzung *de lege ferenda*?

a) *de lege lata*

32

De lege lata wird die gesetzgeberische „Entschlußlosigkeit“ (GERNHUBER, Neues Familienrecht [1977] 93) bei der Abgrenzung der beiden Institute insofern beklagt, als das geltende Recht „keine orientierenden Kontraste“ (SALGO 369) dafür bietet, wann die tatsächliche Lebenssituation des Kindes für eine Adoption oder doch eher für die Beibehaltung seines Status als Pflegekind spricht. Hinzu kommt, daß die rechtl. Ausgestaltung beider Institute häufig zur Wahl einer an sich nicht angemessenen Form der Zuordnung zwingt. So wird von Fällen berichtet, in denen eine eigentlich erwünschte Adoption unterbleibt. Eine Vielzahl von Dauerpflegschaften tendiert aus verschiedenen Gründen nicht zu einer Adoption (SALGO 371; ders StAZ 1983, 89, 99; BAER FamRZ 1982, 221, 222; SCHWAB, Gutachten für den 54. DJT [1982], Verh Bd I S A 65). Dauerpflegschaften werden zB oft nur deshalb nicht in Adoptivverhältnisse umgewandelt, weil positive Restbeziehungen zur Herkunftsfamilie bestehen und die leibl Eltern den Verbleib in der Pflegefamilie mittragen. Auch materielle Gründe können die Pflegefamilie von der Adoption abhalten. Bei frühkindlichen Schädigungen oder Behinderungen ist für die Betreuungsperson zudem nicht absehbar, welche psychischen Belastungen (neben den materiellen) im Falle einer Adoption auf sie zukommen werden. Die Volladoption erweist sich hier als ein ungeeignetes, weil kompromißloses Mittel der Zuordnung. Bei der Reform des Adoptionsrechts war deshalb ua vorgeschlagen worden, neben der Volladoption einen zweiten Adoptionstyp zuzulassen, die sog einfache Adoption, nach der Kompromißlösungen zwischen alter und neuer Familie möglich gewesen wären (vgl dazu § 1754 Rz 3).

Umgekehrt gibt es Fallkonstellationen, die eine an sich nicht gewollte Adoption nahelegen. So kann der schwach ausgestaltete Schutz der Pflegefamilie, verbunden mit der Angst der Pflegeeltern, die leibl Eltern könnten eines Tages das Kind zurückfordern, einen Zwang zur Adoption bedeuten, obwohl ein Pflegeverhältnis die angemessenere Lösung wäre (HOLZHAUER ZRP 1982, 222, 226 f; SALGO StAZ 1983, 89, 99). Auch der „Adoptionsmarkt“ (Vielzahl geeigneter Adoptionsbewerber, wenige für eine Adoption in Betracht kommende Kinder) kann mitbestimmend für die Herausnahme aus der Dauerpflege sein, ebenso wie die finanzielle Belastung der Eltern oder die Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Zahlung von Pflegegeld.

b) *de lege ferenda*

34

Zwar besteht Einmütigkeit darüber, daß die Adoption auf Dauer grds einer langfristigen Betreuung in Familienpflege oder in einem Heim vorzuziehen ist. Jedoch lassen sich die vielgestaltigen und unterschiedlichen Lebensverhältnisse mit den schematischen Modellen der Adoption einerseits und der Pflegekindschaft andererseits kaum erfassen. Beide Institute können iS eines tertium non datur

schwerlich abschließend voneinander abgegrenzt werden. De lege ferenda sollte man deshalb **Zwischenlösungen** gegenüber jederzeit aufgeschlossen bleiben (zur Reform des Pflegekindschaftsrechts allg SALGO StAZ 1983, 89; SCHWAB, Gutachten für den 54. DJT [1982], Verh Bd I S A 65; SIMON NJW 1982, 1673). So werden derzeit verstärkt „offene Adoptionen“ vermittelt, bei denen der Kontakt zwischen leibl Eltern und Kindern nicht wie bei der Inkognitoadoption von vornherein irreversibel unterbunden wird (vgl dazu § 1747 Rz 27); für „offenere Adoptionsformen“, ua mit einem Umgangsrecht der leibl Eltern, SALGO 371 Fn 22. SALGO (374 iVm 170 ff) weist auf die Möglichkeit subventionierter Adoptionen („subsidized adoptions“) im anglo-amerikanischen Recht hin. Zu denken wäre auch, insbes als eine Alternative zur Verwandtenadoption (§ 1741 Rz 20), an eine vormundschaftsgerichtl Übertragung des Sorgerechts auf Zeit oder Dauer auf die Betreuungsperson (ingehend dazu FRANK 141 ff).

V. Kinderpsychologische Aspekte von Adoption und Heimerziehung

35 1. Deprivation

Schon um die Jahrhundertwende, verstärkt aber in den letzten 30 Jahren, wurde auf die negativen Auswirkungen der **Heimbetreuung** von Kleinkindern hingewiesen (insbes SPITZ, Vom Säugling zum Kleinkind [1967]; BOWLBY, Maternal Care and Mental Health, World Health Organization [Genf 1951]; ders, Bindung [1975]; ders, Trennung [1976]). Diese reagieren auf heimbedingte emotionale Mangelsituationen mit universellen oder partiellen Entwicklungsstörungen (NISSEN in: EGGERS-LEMPPE-NISSEN-STRUNK, Kinder- und Jugendpsychiatrie [5. Aufl 1989] 93). Solche als Deprivationssyndrom bezeichneten Störungen betreffen vor allem die affektiven und intellektuellen Funktionen des Kindes, die nach mehrmonatigem Heimaufenthalt um bis zu 50% reduziert sein können (PECHSTEIN, Elternnähe oder Krippen? [1990] 19f; ders Mschr f Kinderheilkunde 1971, 87ff; ders Ärztl Praxis 1972, 1773 ff); sie hemmen jedoch auch die altersgerechte Entwicklung statomotorischer Funktionen (NISSEN 93; PECHSTEIN Mschr f Kinderheilkunde 1971, 87, 89).

- 36 Nicht nur Heimbetreuung, dh Fremdbetreuung durch mehrere wechselnde Bezugspersonen, sondern jede Art von emotionaler Frustration im Kindesalter, sei es durch dauernde oder vorübergehende **Trennung von der nächsten Bezugsperson, durch Krankenhausaufenthalte, Inpflegegabe, Scheidung oder Tod**, hinterläßt Spuren, deren Ausmaß vom Alter des Kindes bei der Trennung, von der Dauer und Schwere des belastenden Ereignisses, den Begleitumständen und von der danach verstrichenen Zeit abhängen (NISSEN 94; TROTT-NISSEN Münch med Wschr 1989, 187, 188). Mildere Deprivationerscheinungen können auch in äußerlich intakten Familien auftreten, wenn dort **Gefühlsarmut** herrscht oder das **Kind abgelehnt** wird (NISSEN 91, 92, 99; TROTT-NISSEN Münch med Wschr 1989, 187, 188).

37 2. Entstehung von Deprivationsstörungen

Deprivationerscheinungen treten auf, wenn das **Kind von der engsten Bezugsperson**, zu der es in den ersten Lebensmonaten eine Beziehung des Urvertrauens aufgebaut hat, **ganz oder vorübergehend getrennt** wird. Bei dieser Bezugsperson muß es sich weder um die biologische Mutter oder um eine mit dem Kind verwandte Person handeln, noch braucht die Person weiblichen Geschlechts zu sein (RUTTER, Bindung und Trennung in der frühen Kindheit [1978] 116, 122; KLUSMANN, Das Kind im Rechtsstreit der Erwachsenen [1981] 25). Säuglinge weisen eine angeborene Tendenz zur Herstellung einer besonders intensiven Bindung zu einer Person

(Monotropie) auf (NISSEN 97). Dabei ist für die Festigkeit dieser Beziehung neben der Intensität der Zwiesprache die Konstanz und Gewohnheit der notwendigen Verrichtungen ausschlaggebend (NISSEN 97), so daß die Hauptbezugsperson meist die Mutter ist. In dieser **Bindungsphase des Kleinkinds** wird die Fähigkeit erworben, soziale Beziehungen herzustellen und zu erhalten. Spielen und Sammeln von Erfahrungen erfolgen nur im entspannten, angstfreien Raum. Die in der Säuglingszeit entstandene Bindung bewirkt, daß das Kind sich in der Nähe dieser Bezugsperson(en) völlig sicher fühlt. Fehlt die feste Vertrauensbindung, zB durch mehrfachen Verlust von Bezugspersonen oder durch fortdauernde Wechselbetreuung, so entsteht idR allg Unsicherheit und Ängstlichkeit. Dies lähmt den gesamten Verhaltensbereich des Erkundens, Nachahmens und schöpferischen Gestaltens und verhindert den Gewinn von Selbständigkeit und angstfreiem sozialem Verhalten (HASSENSTEIN in: Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit? [1978] 215, 224 f).

Unter Deprivation werden weiterhin die **Fälle des Mangels oder der Störung der 38 Betreuung** verstanden, in denen das Entstehen einer festen Gefühlsbindung unmöglich ist und somit dem Kind das Urvertrauen fehlt, um die wenigen Sinnes- und Lernanregungen, die ihm noch geboten werden, aufzunehmen.

Die heute unbestrittene These, daß frühkindliche Erfahrungen ernste und andau- 39 ernde Folgen für die Entwicklung haben können, wird durch Forschungen in der Neurophysiologie untermauert. Das **Zentralnervensystem des Kleinkinds** ist Umwelteindrücken gegenüber in ganz anderer Weise offen als später. Das menschliche Gehirn durchläuft in der ersten Lebenszeit einen gewaltigen Entwicklungsprozeß, in dem am Ende des 3. Lebensjahres schon 80% der gesamten nachgeburtlichen Substanzzunahme stattgefunden hat (PECHSTEIN, Elternnähe oder Krippen? [1990] 22 ff; ders Mschr f Kinderheilkunde 1971, 87, 91).

3. Folgen der Deprivation, Therapie und Prognose

40

Die Erkenntnis, daß frühe Mutterentbehrung (vgl SCHMALOHR, Frühe Mutterentbehrung bei Mensch und Tier [1968]) bzw Fehlen oder Trennung von der Hauptbezugsperson regelmäßig zu akuten oder chronischen Entwicklungsstörungen führt, konnte in jüngeren Untersuchungen relativiert werden (NISSEN 95 f, 100; TROTT-NISSEN Münch med Wschr 1989, 187, 188 f). Lange Zeit wurde nicht gebührend berücksichtigt, daß Kinder sehr unterschiedlich auf Deprivation reagieren (RUTTER, Bindung und Trennung in der frühen Kindheit [1978] 124; TROTT-NISSEN Münch med Wschr 1989, 187, 188). Als Frühschaden werden neben körperlichen und geistigen Entwicklungsrückständen der **Rückfall in kleinkindliche Verhaltensweisen** wie Babysprache, Sprachverlust, Daumenlutschen, erhöhte Angstbereitschaft, automatenhafte Schüttel- und Schleuderbewegungen des Kopfes sowie **psychosomatische Schäden** genannt (ausf KLUSSMANN DAVorm 1985, 169, 184; NISSEN 94 ff).

Psychische Entwicklungsstörungen sind in den meisten Fällen bei gezielter Behand- 41 lung reversibel (NISSEN 100). Auch **Rückstände in körperlicher und geistiger Entwicklung** können oft relativ schnell wieder aufgeholt werden (NISSEN 96 mwNachw); nur bei langandauernder Deprivation kann die geistige Entwicklung stagnieren (NISSEN 100). Bei emotional unterversorgten Kindern sind jedoch später überdurchschnittlich häufig psychische Störungen wie Kontaktschwäche, Depressivität und Unsicherheit sowie mangelndes Selbstwertgefühl und Bindungslosigkeit anzutreffen (KLUSSMANN DAVorm 1985, 169, 184; TROTT-NISSEN Münch med Wschr 1989, 187, 188). **Dissoziale und delinquente Verhaltensweisen** treten erhöht auf (NISSEN 100; PECHSTEIN in: MANEKE [Hrsg], Sozialpädiatrie, [1979] 151). Deprivation kann die Entwicklung von Neurosen oder Psychosen fördern, kommt als alleinige Ursache

hierfür aber nicht infrage (NISSEN 100). Die Hemmung der Intelligenzentwicklung aufgrund von Deprivation kann nur zusammen mit materieller Unterernährung zur geistigen Behinderung führen (NISSEN 100).

42 Für die Adoption ist wichtig, daß sich innerhalb der ersten 4 Lebensjahre **Phasen unterschiedlicher Trennungsempfindlichkeit** des Kindes unterscheiden lassen. Eine **Trennung während der ersten 3–6 Lebensmonate**, in der der Säugling nur langsam die hohe Reizschwelle abbaut, die ihn vor der Außenwelt schützt (NISSEN 96), verursacht nach Auffassung der meisten Wissenschaftler weniger gravierende Schädigungen als eine im 2. Lebensjahr erfolgende (KLUSSMANN DAVorm 1985, 169, 205, 206). Schwere und uU irreparable Schäden können Trennungen in der 2. Hälfte des ersten Lebensjahres anrichten, insbes wenn die Kinder bis dahin eine gute Beziehung zu ihrer Mutter oder nächsten Bezugsperson hatten und die Trennung längere Zeit anhält. **Zwischen dem 6. u 12. Lebensmonat** befindet sich der „prägnungsähnliche“ Bindungsvorgang in seiner krit Phase (HASSENSTEIN, Verhaltensbiologie des Kindes [4. Aufl 1987] 53). Beginnt die Deprivation erst im **2. Lebensjahr**, so scheinen größere Chancen zu bestehen, daß sich die frühkindlichen Schädigungen wieder zurückbilden (NISSEN 102).

43 **Ab dem Alter von 4 Jahren** tritt die Abhängigkeit des Kindes von der primären Hauptbezugsperson deutlich zugunsten der wachsenden **Selbständigkeit des Kindes** zurück, so daß außerfamiliäre Erziehungseinflüsse an Bedeutung gewinnen und das Kind allg belastbarer ist (PECHSTEIN, Elternnähe oder Krippen? [1990] 26 ff). Ist eine Trennung in der besonders verletzbaren Entwicklungsphase zwischen dem 6. Lebensmonat und dem Beginn des 4. Lebensjahres unvermeidbar, so ist eine intensive Einzelbetreuung notwendig, um Spätschäden zu verhindern. Bei Aufnahme in eine Adoptivfamilie müssen die Adoptiveltern über den emotionalen Nachholbedarf des Kindes aufgeklärt werden.

44 4. Folgerungen für die Adoption

Von Kinderärzten und Kinderpsychologen sowie von Verhaltensforschern wird immer wieder auf die Bedeutung der **Frühadoption** („Frühestadoption“) hingewiesen (MANEKE Mschr f Kinderheilkunde 1969, 621; PECHSTEIN Mschr f Kinderheilkunde 1971, 87, 89 ff; ders, Unsere Jugend 1972, 448, 449; ders, MittAGJJ 61/62 [1971] 53; HASSENSTEIN, Bernhard u Helma, Was Kindern zusteht [2. Aufl 1978] 67 ff; HASSENSTEIN, Bernhard, Verhaltensbiologie des Kindes [4. Aufl 1987] 57). Erweist sich eine Adoption als unumgänglich, sollte das Kind die Zeit der extrem hohen Aufnahmefähigkeit für Umwelteindrücke nicht in einem Heim verbringen, das ihm nur eine völlig unzureichende Menge an Sinnes- und Lernanregungen bieten kann (PECHSTEIN Mschr f Kinderheilkunde 1971, 87, 91). In Studien konnte nachgewiesen werden, daß Adoptionen, bei denen die Kinder im Alter von weniger als 1 Jahr zu ihren künftigen Adoptiveltern kamen, kaum Mißerfolge aufwiesen, während die Komplikationen mit steigendem Alter der vermittelten Kinder deutlich zunahmen (PECHSTEIN Mschr f Kinderheilkunde 1971, 87, 90).

45 Die Adoption von Kindern sollte nicht wegen **Verdachts auf perinatale Schädigungen oder Schwachsinn** ohne Not verzögert werden. Oft handelt es sich hier um Fehldiagnosen, da nur deprivationsbedingte Entwicklungsstörungen vorliegen. Bei längerem Heimaufenthalt werden solche Entwicklungsrückstände unvermeidbar größer (PECHSTEIN Mschr f Kinderheilkunde 1971, 87, 90).

46 Dem Wohl des Kindes ist es allerdings auch abträglich, wenn die zu **Pflegeeltern** gewachsenen Bindungen nur abgebrochen werden, um dem Kind ein rechtl stabileres Zuhause bei Adoptiveltern zu verschaffen (vgl aber BVerfGE 79, 51 = NJW

1989, 519 = FamRZ 1989, 31). Die faktische Elternschaft kann ein ebenso unverbrüchliches Band darstellen, wie es Kinder zu ihren leibl Eltern entwickeln (KLUSSMANN, Das Kind im Rechtsstreit der Erwachsenen [1981] 31; HASSENSTEIN, Verhaltensbiologie des Kindes [4. Aufl 1987] 57). Die Herausnahme des Kindes aus der gewohnten Umgebung, der Bruch mit den als Eltern erlebten Bezugspersonen gefährdet das Kindeswohl und ist selbst durch behutsame Umgewöhnung oft nicht auszugleichen (KLUSSMANN DAVorm 1985, 169, 181 ff u 212).

VI. Adoptionen mit Auslandsberührung

47

Wird im Inland eine Adoption durchgeführt, die Auslandsberührung aufweist, insbes weil der Annehmende oder Anzunehmende die ausl Staatsangehörigkeit besitzt, so sind Artt 22, 23 EGBGB zu beachten (Näheres MünchKomm-KLINKHARDT Artt 22, 23 EGBGB; PALANDT-HELDRIICH Artt 22, 23 EGBGB; STAUDINGER-HENRICH Artt 22, 23 EGBGB). Zur **Anerkennung von Auslandsadoptionen** vgl STAUDINGER-HENRICH Art 22 Rz 85–104; GRIEP, Anerkennung von Auslandsadoptionen (1989); HENRICH, Internationales Familienrecht (1989) 307 ff; KLINKHARDT, Zur Anerkennung ausländischer Adoptionen, IPRax 1987, 157.

VII. Übergangsvorschriften (Art 12 §§ 1–7 AdoptG)*

48

Das AdoptG hat in Art 12 ausführliche Übergangsregelungen zur **Überleitung von Altadoptionen** getroffen. Grundgedanke der in Art 12 §§ 1–3 enthaltenen Regelung war die Überlegung, daß alle Altadoptionen dem neuen Recht unterstellt werden sollten. „Es würde für die Praxis eine nicht zwingend gebotene Unübersichtlichkeit bedeuten, wenn viele Jahrzehnte das bisher geltende Recht über die Annahme an Kindes Statt und die neuen Vorschriften über die Annahme als Kind nebeneinander anwendbar wären“ (BT-Drucks 7/3061, 68). Allerdings war es nicht möglich und auch nicht geboten, alle bestehenden Annahmeverhältnisse den Vorschriften über die Annahme Minderjähriger, also den Regeln der Volladoption, zu unterstellen. Ist das Kind im Zeitpunkt des Inkrafttretens des AdoptG (1. 1. 1977) bereits volljährig, sind die Vorschriften neuen Rechts über die Annahme Volljähriger anzuwenden (Art 12 § 1). Ist das Kind zu diesem Zeitpunkt noch minderjährig, so sind die Vorschriften über die Annahme Minderjähriger anzuwenden, es sei denn, ein unmittelbar Beteiligter erklärt innerhalb einer Frist von 1 Jahr, daß diese Wirkungen nicht eintreten sollen. Dann wird das Annahmeverhältnis den neuen Vorschriften über die Annahme Volljähriger unterstellt (Art 12 §§ 2 u 3). – **Art 12 § 4** regelt den **Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit** bei Adoptionen unter der Herrschaft des alten Rechts. – **Art 12 §§ 5 u 6** betreffen **schwebende Annahmeverfahren der Übergangszeit**, während **Art 12 § 7** die „Aufstockung“ von **Altadoptionen** zu Volladoptionen neuen Rechts in einem förmlichen zweiten Annahmeverfahren regelt.

* **Schrifttum:** BEHN ZBIJugR 1977, 463; ders ZBIJugR 1978, 233; BISCHOF JurBüro 1976, 1569, 1600 ff; BRÜGGEMANN ZBIJugR 1977, 199, 207 f; BÜHLER BWNotZ 1977, 129, 132; CZERNER DAVorm 1977, 115, 117; DITTMANN Rpfleger 1978, 277, 284 f; ENGLER FamRZ 1976, 584, 593 f; KEMP DNotZ 1976, 646; ders MittRhNotK 1976, 373; LÜDERITZ NJW 1976, 1865, 1871; OBERLOSKAMP DAVorm 1977, 89, 105 ff; REICHARD StAZ 1978, 106; ROTH 263 ff.

§ 1

Ist der nach den bisher geltenden Vorschriften an Kindes Statt Angenommene im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes volljährig, so werden auf das Annahmeverhältnis die Vorschriften dieses Gesetzes über die Annahme Volljähriger angewandt, soweit sich nicht aus den Absätzen 2 bis 6 ein anderes ergibt.

Auf einen Abkömmling des Kindes, auf den sich die Wirkungen der Annahme an Kindes Statt nicht erstreckt haben, werden die Wirkungen der Annahme nicht ausgedehnt.

Hat das von einer Frau angenommene Kind den Namen erhalten, den die Frau vor der Verheiratung geführt hat, so führt es diesen Namen weiter.

Für die erbrechtlichen Verhältnisse bleiben, wenn der Erblasser vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes gestorben ist, die bisher geltenden Vorschriften maßgebend.

Ist in dem Annahmevertrag das Erbrecht des Kindes dem Annehmenden gegenüber ausgeschlossen worden, so bleibt dieser Ausschluß unberührt; in diesem Fall hat auch der Annehmende kein Erbrecht.

§ 1761 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung dieses Gesetzes ist entsprechend anzuwenden. Die in § 1762 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung dieses Gesetzes bezeichneten Fristen beginnen frühestens mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes.

BT-Drucks 7/3061, 68–70; BT-Drucks 7/5087, 28.

49 1. Abs 1

§ 1 Abs 1 unterstellt alle **Altadoptionen, bei denen der Angenommene bei Inkrafttreten des AdoptG (1. 1. 1977) volljährig war**, den Vorschriften des neuen Rechts über die Annahme Volljähriger (ausf KEMP MittRhNotK 1976, 373, 374 ff; ders DNotZ 1976, 646). Von § 1 werden also nicht nur alle Volljährigen-Altadoptionen, sondern auch ein großer Teil der Minderjährigenadoptionen erfaßt, die nach Maßgabe des alten Rechts zustandegekommen waren. Entscheidend ist nur, ob der Angenommene am **Stichtag (1. 1. 1977)** bereits volljährig war oder nicht. Die Überleitung dieser Adoptionen in Volljährigenadoptionen neuen Rechts erschien dem Gesetzgeber gerechtfertigt (BT-Drucks 7/3061, 69), weil die Wirkungen der Annahme eines Volljährigen nach neuem Recht im wesentlichen den Wirkungen der Annahme an Kindes Statt nach altem Recht entsprechen: Rechtsbeziehungen werden nur zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden begründet (§§ 1770 Abs 1 S 1 nF, 1763 aF), das Rechtsverhältnis des Kindes zu seinen bisherigen Verwandten bleibt im wesentlichen bestehen (§§ 1770 Abs 2 nF, 1764 aF). Der Annehmende ist dem Kind vor den leibl Verwandten zum Unterhalt verpflichtet (§ 1770 Abs 3 nF, 1766 aF).

- 50 Die **Überleitung** der von Abs 1 erfaßten Altadoptionen in Volljährigenadoptionen neuen Rechts bewirkt indessen zwangsläufig auch (geringfügige) **inhaltliche Veränderungen** dieser Annahmeverhältnisse, die der Gesetzgeber gesehen hat, aber – von den Sonderregelungen des § 1 Abs 2–6 abgesehen – glaubte, hinnehmen zu sollen. So wird mit der Unterstellung schon bestehender Annahmeverhältnisse unter neues Recht das gesetzl Erbrecht verändert. Während bisher die Annehmenden das Kind nicht beerbt haben (§ 1759 aF), erwerben sie nun ein Erbrecht nach dem Tod des Kindes (vgl § 1770 Rz 2) und treten als Miterben neben die leibl Eltern, deren Erbrecht dadurch geschmälert wird (KEMP DNotZ 1976, 646, 647; krit ROTH 263 f). Außerdem konnten Annahmeverhältnisse zu einem Volljährigen nach altem Recht wieder durch Vertrag aufgehoben werden (§ 1768 aF). Diese Möglichkeit ist mit Inkrafttreten des AdoptG v 1976 entfallen; denn nach § 1771 S 1 kann eine Volljährigenadoption auf beiderseitigen Antrag nur aufgehoben werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

2. Abs 2

51

Während sich die Volljährigenadoption neuen Rechts auch auf die **Abkömmlinge des Angenommenen** erstreckt (Näheres § 1770 Rz 2), war dies nach altem Recht nur dann der Fall, wenn diese gem § 1762 aF in die Annahme einbezogen waren. Nach Abs 2 werden die Wirkungen der Annahme nicht auf diese Abkömmlinge des Kindes ausgedehnt, wenn sich die Wirkungen der Annahme an Kindes Statt nicht bereits auf sie erstreckt haben. Zwischen den Abkömmlingen des Kindes und den Adoptiveltern bestehen also auch in Zukunft keine erb- und unterhaltsrechtl Beziehungen. Die Regelung ist vernünftig: Dem Abkömmling und dem Annehmenden sollen keine Familienbeziehungen aufgezwungen werden, nachdem bei Abschluß des Adoptionsvertrags auf eben diese Beziehungen bewußt verzichtet worden war.

3. Abs 3

52

Bis zum Inkrafttreten des 1. EheRG am 1. 7. 1976 (vgl MünchKomm-LÜDERITZ Vor § 1741 Rz 45) konnte bei einer **Einzelannahme durch eine Frau** im Annahmevertrag vereinbart werden, daß das angenommene Kind den von der Frau vor ihrer Verheiratung geführten Namen trägt. Diese Möglichkeit ist mit Inkrafttreten des 1. EheRG entfallen. Der Angenommene erhält nach der heutigen Regelung des § 1757 Abs 1 S 1 als Geburtsnamen stets den Familiennamen des Annehmenden. Entgegen § 1757 Abs 1 S 1, auf den § 1767 Abs 2 an sich verweist, bleibt jedoch nach § 1 Abs 3 eine unter der Geltung des alten Rechts getroffene abweichende Vereinbarung über die Namensführung des Angenommenen trotz Überleitung der Adoption in eine Volljährigenadoption neuen Rechts wirksam.

4. Abs 4

53

Bei **Erbfällen, die vor Inkrafttreten des AdoptG (1. 1. 1977) eingetreten sind**, bleibt für die Erbfolge altes Recht maßgebend. Die an sich selbstverständliche Regelung des Abs 4 kann nur iS einer Klarstellung verstanden werden (vgl ROTH 266).

5. Abs 5

54

Bei **Erbfällen nach dem 1. 1. 1977** ist grds neues Recht maßgebend (s oben Rz 48). Eine Ausnahme gilt nach § 1 Abs 5, wenn das **Erbrecht des Kindes** dem Annehmenden gegenüber gem § 1767 Abs 1 aF **ausgeschlossen** worden war; dieser Ausschluß bleibt wirksam (Vertrauensschutz). Da es nicht angemessen wäre, dem Annehmenden nach § 1 Abs 1 ein gesetzl Erbrecht nach dem Angenommenen einzuräumen, während das Erbrecht des Angenommenen aufgrund der vertraglichen Vereinbarung ausgeschlossen bleibt, schließt § 1 Abs 5 für einen solchen Fall auch das Erbrecht des Annehmenden nach dem Angenommenen aus (krit ROTH 265). Ist für den Angenommenen nicht das Erbrecht, sondern das **Pflichtteilsrecht ausgeschlossen**, so liegt eine ähnl Interessenlage vor, so daß aufgrund entsprechender Anwendung des § 1 Abs 5 die vertragliche Vereinbarung maßgebend bleibt und das Pflichtteilsrecht des Annehmenden, nicht aber sein Erbrecht ausgeschlossen wird (KEMP DNotZ 1976, 646, 648f; ders MittRhNotK 1976, 373, 378f; DIITMANN Rpfleger 1978, 277, 284). Erfolgte die Annahme durch ein Ehepaar, und wurde das **Erb- oder Pflichtteilsrecht des Kindes nur gegenüber einem Ehegatten ausgeschlossen**, so bleibt der Erb- oder Pflichtteilsrechtsausschluß gegenüber diesem einen

Ehegatten bestehen; dieser beerbt dann auch nicht das Kind (so richtig DITTMANN Rpfleger 1978, 277, 284; MünchKomm-LÜDERITZ Vor § 1741 Rz 46 gegen KEMP MittRhNotK 1976, 373, 379).

55 6. Abs 6

Die Regelung von § 1 Abs 6 ist schwer verständlich gefaßt. Da § 1 Abs 1 nicht nur **Volljährigenadoptionen** unter der Herrschaft des alten Rechts, sondern auch **Minderjährigenadoptionen** betrifft, sofern nur der Angenommene vor dem 1. 1. 1977 volljährig geworden ist, mußte bei der Aufhebung von Altadoptionen gem § 1771 nF – auf diese Bestimmung verweist § 1 Abs 1 – auch der Fall bedacht werden, daß es seinerzeit an der erforderlichen *elterlichen* Einwilligung fehlte. Nach § 1 Abs 6 S 1 ist in einem solchen Fall auch § 1761 Abs 1 anzuwenden, der eine Aufhebung ausschließt, wenn eine Ersetzung der Einwilligung möglich gewesen wäre (vgl BT-Drucks 7/3061, 69; BGB-RGRK-DICKESCHIED Vor § 1741 Rz 27). – Nach altem Recht konnte eine Adoption uU 30 Jahre lang (§ 121 Abs 2) dadurch in Frage gestellt werden, daß der Annahmevertrag oder die Einwilligung angefochten wurde (vgl § 1762 Rz 2). Um zu verhindern, daß Antragsfristen gem § 1767 Abs 2 iVm § 1762 Abs 2 bei Inkrafttreten des AdoptG bereits verstrichen waren, während die Antragsfristen nach altem Recht noch liefen, läßt § 1 Abs 6 S 2 den Lauf der in § 1762 Abs 2 genannten Fristen erst am 1. 1. 1977 beginnen (BT-Drucks 7/3061, 69 f). Ein nach altem Recht sittenwidriger und damit eo ipso **nichtiger Adoptionsvertrag** (§ 138) hat allerdings nicht nach Abs 1 S 1 die Wirkungen eines Annahmeverhältnisses erlangen können; einer förmlichen Aufhebung derartiger Adoptionsverhältnisse nach neuem Recht bedarf es deshalb nicht (so zutr BEITZKE § 33 VIII 1 gegen OLG Köln NJW 1980, 63 u LÜDERITZ NJW 1980, 1087).

§ 2

Ist der nach den bisher geltenden Vorschriften an Kindes Statt Angenommene im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes minderjährig, so werden auf das Annahmeverhältnis bis zum 31. Dezember 1977 die bisher geltenden Vorschriften über die Annahme an Kindes Statt angewandt.

Nach Ablauf der in Absatz 1 bestimmten Frist werden auf das Annahmeverhältnis die Vorschriften dieses Gesetzes über die Annahme Minderjähriger angewandt; § 1 Abs. 2 bis 4 gilt entsprechend; die in § 1762 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung dieses Gesetzes bezeichneten Fristen beginnen frühestens mit dem Tag, an dem auf das Annahmeverhältnis die Vorschriften dieses Gesetzes anzuwenden sind. Das gilt nicht, wenn ein Annehmender, das Kind, ein leiblicher Elternteil eines ehelichen Kindes oder die Mutter eines nichtehelichen Kindes erklärt, daß die Vorschriften dieses Gesetzes über die Annahme Minderjähriger nicht angewandt werden sollen. Wurde die Einwilligung eines Elternteils zur Annahme an Kindes Statt durch das Vormundschaftsgericht ersetzt, so ist dieser Elternteil nicht berechtigt, die Erklärung abzugeben.

Die Erklärung nach Absatz 2 Satz 2 kann nur bis zum Ablauf der in Absatz 1 bestimmten Frist gegenüber dem Amtsgericht Schöneberg in Berlin-Schöneberg abgegeben werden. Die Erklärung bedarf der notariellen Beurkundung; sie wird in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Amtsgericht Schöneberg in Berlin-Schöneberg zugeht; sie kann bis zum Ablauf der in Absatz 1 bestimmten Frist schriftlich gegenüber dem Amtsgericht Schöneberg in Berlin-Schöneberg widerrufen werden. Der Widerruf muß öffentlich beglaubigt werden. § 1762 Abs. 1 Satz 2 bis 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist anzuwenden.

Eine Erklärung nach Absatz 2 Satz 2 ist den Personen bekanntzugeben, die zur Abgabe einer solchen Erklärung ebenfalls berechtigt sind. Ist der Angenommene minderjährig, so ist diese

Erklärung nicht ihm, sondern dem zuständigen Jugendamt bekanntzugeben. Eine solche Mitteilung soll unterbleiben, wenn zu besorgen ist, daß durch sie ein nicht offenkundiges Annahmeverhältnis aufgedeckt wird.

BT-Drucks 7/3061, 70, 83, 87; BT-Drucks 7/5087, 28.

1. Normzweck und Regelungsbereich

56

§ 2 regelt Fälle, in denen der Angenommene am 1. 1. 1977, also bei Inkrafttreten des AdoptG, noch minderjährig war. Eine kompromißlose Überleitung dieser Adoptionen in Volladoptionen neuen Rechts wäre mit dem Gedanken des Vertrauensschutzes nicht vereinbar gewesen. Andererseits bestand vielfach ein Interesse der Beteiligten, Altadoptionen mit den stärkeren Wirkungen des neuen Rechts auszustatten. § 2 strebt einen **Interessenausgleich** an.

§ 2 Abs 1 normiert zunächst eine einjährige **Zwischenfrist bis zum 31. 12. 1977**, 57 innerhalb deren das alte Recht weitergilt. **Ab 1. 1. 1978** gelten dann gem § 2 Abs 2 S 1 entweder die neuen Vorschriften über die Annahme Minderjähriger oder gem § 2 Abs 2 S 2 iVm § 3 Abs 1 die neuen Vorschriften über die Annahme Volljähriger. Die letztgenannten Vorschriften sind nur dann maßgebend, wenn ein Adoptionsbeteiligter gem § 2 Abs 2 S 2 erklärt hat, daß die Wirkungen der Minderjährigenannahme nicht eintreten sollen.

Eine Überleitung gem § 2 erfolgt auch dann, **wenn der Angenommene zwischen 58 dem 1. 1. u dem 31. 12. 1977 volljährig geworden ist** (MünchKomm-LÜDERITZ Vor § 1741 Rz 50; aA BEHN ZBIJugR 1977, 463, 482 f; ERMAN-HOLZHAUER Vor § 1741 Rz 13). Der Gesetzgeber hat diesen besonderen Fall offensichtlich nicht bedacht. Gerade deshalb sollte man aber am klaren Wortlaut des Ges, das allein darauf abstellt, ob der Angenommene am 1. 1. 1977 minderjährig war, festhalten, wenn dieser Wortlaut zu einem vernünftigen Ergebnis führt. Kleinere Unstimmigkeiten im Verhältnis zu § 1 Abs 1 (BEHN ZBIJugR 1977, 463, 482 f) sind hinzunehmen. Vor allem stört es nicht, daß ein volljährig Gewordener ab 1. 1. 1978 nach den Vorschriften des AdoptG v 1976 „über die Annahme Minderjähriger“ (§ 2 Abs 2 S 1) behandelt wird; denn das AdoptG v 1976 kennt auch die Volladoption Volljähriger (§ 1772). Außerdem hatten die Beteiligten die Möglichkeit, bis zum 31. 12. 1977 eine Erklärung nach § 2 Abs 2 S 2 abzugeben und so die starken Wirkungen zu vermeiden.

2. Rechtslage nach Ablauf der Widerspruchsfrist

59

Hat keiner der Beteiligten eine Erklärung nach § 2 Abs 2 S 2 abgegeben (Widerspruch), so ist nach Ablauf der Frist des § 2 Abs 1, also ab 1. 1. 1978, auf das Annahmeverhältnis grds das **neue Recht über die Annahme Minderjähriger** anzuwenden. Gleiches gilt, wenn die Einwilligungserklärung eines Elternteils ersetzt wurde, weil in einem solchen Fall ein Widerspruch gegen die Maßgeblichkeit des neuen Rechts nicht in Betracht kommt (§ 2 Abs 2 S 3).

Ist das neue Recht grds anzuwenden, so macht doch § 2 Abs 2 S 1 einige **Ausnah- 60 men**: (1) Gem § 2 Abs 2 S 1 iVm § 1 Abs 2 erstreckt sich die Annahme abweichend v § 1754 nicht auf Abkömmlinge des Angenommenen, auf die sich die Wirkungen der Annahme nicht erstreckt hatten – ein Fall, der kaum praktisch werden dürfte, weil er voraussetzt, daß der Abkömmling bei der Adoption des noch minderjährigen Elternteils bereits vorhanden war. (2) Hat das von einer Frau angenommene Kind den Namen erhalten, den die Frau vor der Verheiratung geführt hat, so führt es gem § 2 Abs 2 S 1 iVm § 1 Abs 3 diesen Namen weiter. (3) Bei einem Erbfall vor dem 1. 1. 1978 bleibt gem § 2 Abs 2 S 1 iVm § 1 Abs 4 altes Recht maßgebend. Für

Erbfälle ab 1. 1. 1978 gilt dagegen neues Recht. War im Annahmevertrag das Erbrecht des Kindes dem Annehmenden gegenüber ausgeschlossen worden, so hat dieser Ausschluß mit Ablauf des 31. 12. 1977 seine Wirksamkeit verloren: § 2 Abs 2 S 1 verweist nicht auf § 1 Abs 5 (vgl dazu ROTH 273) – eine problematische Regelung (*pacta sunt servanda*), die auch durch die Möglichkeit des Widerspruchs (§ 2 Abs 2 S 2 iVm § 3 Abs 2 S 1) nur schwer zu rechtfertigen ist.

- 61** Wird das Annahmeverhältnis gem § 2 Abs 2 S 1 in eine Minderjährigenadoption neuen Rechts übergeleitet, so gelten für eine eventuelle **Aufhebung** die Vorschriften der §§ 1759 ff nF. Für einen Aufhebungsantrag nach § 1760 legt § 2 Abs 2 S 1 bzgl des Fristbeginns nach § 1762 Abs 2 den 1. 1. 1978 als frühesten Termin fest.

62 3. Der Widerspruch und seine Folgen

Die Wirkungen der Minderjährigenadoption nach neuem Recht traten nicht ein, wenn der Annehmende, der Angenommene, die Eltern des ehel oder die Mutter des nichtehel Kindes nach § 2 Abs 2 erklärten, daß diese Bestimmungen nicht maßgebend sein sollen (§ 2 Abs 2 S 2). Zum Widerspruchsrecht des minderjährigen Kindes vgl MünchKomm-LÜDERITZ Vor § 1741 Rz 52. Zu rechtspolitischen Bedenken gegen das Widerspruchs- oder Vetorecht vgl ROTH 266 ff. Gem § 2 Abs 3 S 1 konnte der **Widerspruch bis zum 31. 12. 1977** gegenüber dem AG Berlin-Schöneberg erklärt werden. Die Erklärung bedurfte der notariellen Beurkundung (§ 2 Abs 3 S 2). Sie war nach § 2 Abs 3 S 2 bis zum 31. 12. 1977 widerruflich (Näheres KEMP DNotZ 1976, 646, 653 f; MünchKomm-LÜDERITZ Vor § 1741 Rz 53). Die Widerspruchserklärung war gem § 2 Abs 4 S 1 allen Personen bekanntzugeben, die selbst zur Abgabe einer solchen Erklärung berechtigt waren (Näheres KEMP DNotZ 1976, 646, 653; MünchKomm-LÜDERITZ Vor § 1741 Rz 54). Da der Widerspruch das Eltern-Kind-Verhältnis gestaltete, war gem § 30 Abs 1 PStG ein **Randvermerk in das Geburtenbuch** einzutragen; denn zum Personenstand gehört das Eltern-Kind-Verhältnis nicht nur in seinem Bestand, sondern auch in seiner Art (REICHARD StAZ 1978, 106, 107; OLG Köln StAZ 1979, 272; KG FamRZ 1979, 1081). Die Eintragung hatte nach OLG Köln StAZ 1979, 272 folgendermaßen zu lauten: „Zu dem Annahmeverhältnis wurde eine ab 1. 1. 1978 wirksame Erklärung nach Art 12 § 2 Abs 2 S 2 AdoptG abgegeben . . .“.

- 63** Während § 2 Abs 2 S 2 nur negativ bestimmt, daß im Falle eines Widerspruchs die neuen Vorschriften über die Annahme Minderjähriger nicht angewandt werden, regelt § 3 Abs 1 positiv, daß dann die Vorschriften des AdoptG v 1976 über die Annahme Volljähriger maßgebend sind (Näheres dazu unten Rz 64).

§ 3

Wird eine Erklärung nach § 2 Abs. 2 Satz 2 abgegeben, so werden auf das Annahmeverhältnis nach Ablauf der in § 2 Abs. 1 bestimmten Frist die Vorschriften dieses Gesetzes über die Annahme Volljähriger angewandt.

Die Vorschriften des § 1 Abs. 2 bis 5 und des § 2 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 3 werden entsprechend angewandt. § 1761 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist anzuwenden. Solange der an Kindes Statt Angenommene minderjährig ist, kann das Annahmeverhältnis auch nach § 1763 Abs. 1, 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung dieses Gesetzes aufgehoben werden.

BT-Drucks 7/3061, 71, 83; BT-Drucks 7/5087, 28.

64 1. Normzweck

§ 3 bestimmt die Rechtsfolgen für den Fall, daß eine Widerspruchserklärung gem § 2 Abs 2 S 2 abgegeben wurde. In einem solchen Fall treten nicht die Wirkungen

der Volladoption nach neuem Recht ein (§ 2 Abs 2 S 2). Für das Annahmeverhältnis gelten aber auch nicht die alten Adoptionswirkungen weiter. Um ein allzu langes Nebeneinander von altem und neuem Recht zu vermeiden, bestimmt vielmehr § 3 Abs 1, daß auf das Annahmeverhältnis ab 1. 1. 1978 die **Vorschriften des AdoptG v 1976 über die Annahme Volljähriger** Anwendung finden. Da sich diese nur geringfügig von denen unterscheiden, die für die Annahme an Kindes Statt maßgebend waren, hat der Gesetzgeber einerseits dem Interesse der Beteiligten am Fortbestand der alten Adoptionswirkungen Rechnung getragen, andererseits aber auch vermieden, daß neben den verschiedenen Adoptionswirkungen neuen Rechts noch solche alten Rechts fortbestehen.

2. Rechtswirkungen im einzelnen

65

Von der grds Anwendbarkeit der Vorschriften des neuen Rechts über die Annahme Volljähriger mußte der Gesetzgeber in § 3 Abs 2 **einige Ausnahmen** machen. Wie bei allen Adoptionen sollen die Wirkungen der Annahme nicht auf einen Abkömmling des Angenommenen ausgedehnt werden, auf den sich die Wirkungen der Annahme an Kindes Statt nicht erstreckt haben (§ 1 Abs 2). Hat das von einer Frau angenommene Kind den Namen erhalten, den die Frau vor der Verheiratung geführt hat, so behält es diesen Namen (§ 1 Abs 3). Für Erbfälle vor Inkrafttreten des AdoptG bleibt das alte Recht maßgebend (§ 1 Abs 4). War im Annahmevertrag das Erbrecht des Kindes dem Annehmenden gegenüber ausgeschlossen worden, so bleibt es bei diesem Ausschluß; in diesem Fall hat auch der Annehmende kein Erbrecht (§ 1 Abs 5).

3. Aufhebung des Annahmeverhältnisses

66

Für die Aufhebung des Annahmeverhältnisses gilt nach § 3 Abs 1 § 1771 (RsprNachw § 1771 Rz 7). Eine Aufhebung ist somit einmal wegen Mängel beim Zustandekommen der Adoption gem § 1771 S 2 möglich. § 3 Abs 2 S 2 ergänzt dabei die Verweisung v § 1771 S 2 auf § 1760 um § 1761. Die Antragsfristen gem § 1762 Abs 2 beginnen frühestens ab 1. 1. 1978 zu laufen (§ 3 Abs 2 S 1 iVm § 2 Abs 2 S 1 HS 3). Eine Aufhebung kommt außerdem nach § 1771 S 1 auf übereinstimmenden Antrag des Annehmenden und des Angenommenen in Betracht, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. **Solange das Kind minderjährig ist**, kann das Annahmeverhältnis gem § 3 Abs 2 S 3 „auch“ nach § 1763 Abs 1 u 2 aufgehoben werden. Da § 1771 S 1 jedoch speziell auf die Erwachsenenadoption zugeschnitten ist, sollte diese Bestimmung neben § 1763 Abs 1 u 2 nicht zur Anwendung kommen, solange das Kind minderjährig ist (so auch BayObLG FamRZ 1990, 97; MünchKomm-LÜDERITZ Vor § 1741 Rz 59; BOSCH FamRZ 1978, 656, 663 f; aA BEHN ZBIJugR 1977, 463, 482). Die mißverständliche Formulierung („auch“) in Art 12 § 3 Abs 2 S 3 AdoptG steht dem nicht entgegen. Diese Bestimmung wurde im Gesetzgebungsverfahren lediglich eingefügt, um für Übergangsfälle die Aufhebung zum Wohl des Kindes gem § 1763 Abs 1 u 2 zu ermöglichen, wenn das Adoptionsverhältnis den Vorschriften über die Annahme Volljähriger untersteht, weil diese Möglichkeit entgegen dem früheren Recht im GesE fehlte (BT-Drucks 7/3061, 71, 7/5087, 58). Mehr sollte durch diese Änderung nicht bewirkt werden (BayObLG FamRZ 1990, 97, 98). Art 12 § 3 Abs 2 S 3 AdoptG verweist jedoch nur auf § 1763 Abs 1 u 2, nicht auf § 1763 Abs 3. § 1763 Abs 3 sollte nach dem Willen des Gesetzgebers nicht anwendbar sein, weil das alte Recht (§ 1770 a aF) keine solche Beschränkung enthielt und das Annahmeverhältnis nicht dahingehend verstärkt werden sollte (BT-Drucks 7/3061, 71).

§ 4

Das vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes von einem Deutschen nach den deutschen Gesetzen wirksam angenommene und im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes noch minderjährige Kind erwirbt durch die schriftliche Erklärung, deutscher Staatsangehöriger werden zu wollen, die Staatsangehörigkeit, wenn auf das Annahmeverhältnis gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 die Vorschriften dieses Gesetzes über die Annahme Minderjähriger Anwendung finden. Der Erwerb der Staatsangehörigkeit erstreckt sich auf diejenigen Abkömmlinge des Kindes, auf die sich auch die Wirkungen der Annahme an Kindes Statt erstreckt haben.

Das Erklärungsrecht besteht nicht, wenn das Kind nach der Annahme an Kindes Statt die deutsche Staatsangehörigkeit besessen oder ausgeschlagen hat.

Das Erklärungsrecht kann nur bis zum 31. Dezember 1979 ausgeübt werden. Der Erwerb der Staatsangehörigkeit wird wirksam, wenn die Erklärung

1. vor dem 1. Januar 1978 abgegeben wird, am 1. Januar 1978;

2. ab 1. Januar 1978 abgegeben wird, mit der Entgegennahme der Erklärung durch die Einbürgerungsbehörde.

Artikel 3 Abs. 3 Satz 2 und 3, Abs. 4, 5 Satz 1 und 4 und Abs. 7 bis 9 des Gesetzes zur Änderung des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 20. Dezember 1974 (Bundesgesetzbl. I S. 3714) gelten entsprechend.

Die Staatsangehörigkeit erwirbt nach den Absätzen 1 bis 4 auch das Kind, wenn ein Annehmender im Zeitpunkt der Annahme an Kindes Statt Deutscher ohne deutsche Staatsangehörigkeit im Sinne des Artikels 116 Abs. 1 des Grundgesetzes war.

BT-Drucks 7/3061, 71 f, 83; BT-Drucks 7/5087, 28 f.

67 1. Normzweck

Nach früherem Recht hatte eine Adoption keinen Einfluß auf die Staatsangehörigkeit des Kindes. Ein angenommenes Kind konnte lediglich unter erleichterten Voraussetzungen eingebürgert werden. Nach neuem Recht erhält ein ausländisches Kind, das im Zeitpunkt des Annahmeantrags das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, mit der Annahme durch einen Deutschen die deutsche Staatsangehörigkeit (§ 6 S 1 RuStAG). Zweck des § 4 ist es, ausländischen Adoptivkindern, die am 1. 1. 1977 noch minderjährig waren, den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit zu ermöglichen.

68 2. Voraussetzungen

Der Annehmende (oder einer der Annehmenden) muß im Zeitpunkt der Annahme Deutscher gewesen sein (§ 4 Abs 1 S 1). Es genügt, wenn er Deutscher iS v Art 116 Abs 1 GG war (§ 4 Abs 5). Das Kind muß im Zeitpunkt des Inkrafttretens des AdoptG, also am 1. 1. 1977, minderjährig sein, wobei sich die Minderjährigkeit nach dem Heimatrecht des Kindes bestimmt (vgl § 1741 Rz 11). Auf das Annahmeverhältnis müssen gem § 2 Abs 2 S 1 die Vorschriften des AdoptG über die Annahme Minderjähriger Anwendung finden (§ 4 Abs 1 S 1). Das Recht, durch schriftliche Erklärung die deutsche Staatsbürgerschaft zu erwerben (§ 4 Abs 1 S 1), ist nach § 4 Abs 2 ausgeschlossen, wenn das Kind nach der Annahme die deutsche Staatsangehörigkeit bereits besessen oder ausgeschlagen hat. Die Annehmenden, die das Kind nach wie vor vertreten, werden also an der einmal getroffenen Entscheidung festgehalten. Die Erklärung, die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben zu wollen, muß schriftlich bis zum 31. 12. 1979 abgegeben sein (§ 4 Abs 3 S 1).

3. Rechtsfolgen

Mit der Abgabe der Erklärung erwarb der Angenommene die deutsche Staatsangehörigkeit (§ 4 Abs 1 S 1). War die Erklärung vor dem 1. 1. 1978 abgegeben worden, wurde der Erwerb am 1. 1. 1978 wirksam (§ 4 Abs 3 S 2 Nr 1). Das Abstellen auf den 1. 1. 1978 erklärt sich durch die bis zum 31. 12. 1977 laufende Widerspruchsfrist nach § 2 Abs 3 S 1. Wurde die Erklärung nach dem 1. 1. 1978 abgegeben, wurde der Erwerb mit der Entgegennahme der Erklärung durch die Einbürgerungsbehörde wirksam (§ 4 Abs 3 S 2 Nr 2). Der Erwerb der Staatsangehörigkeit erstreckte sich auf diejenigen Abkömmlinge des Kindes, auf die sich auch die Wirkungen der Annahme an Kindes Statt erstreckt hatten (§ 4 Abs 1 S 2).

§ 5

Hat im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes der Annehmende oder das Kind den Antrag auf Bestätigung eines Vertrages über die Annahme oder auf Bestätigung eines Vertrages über die Aufhebung der Annahme an Kindes Statt bei dem zuständigen Gericht eingereicht oder bei oder nach der notariellen Beurkundung des Vertrages den Notar mit der Einreichung betraut, so kann die Bestätigung nach den bisher geltenden Vorschriften erfolgen. § 15 Abs. 1 Satz 3 des Personenstandsgesetzes ist in diesem Fall in der bisher geltenden Fassung anzuwenden.

BT-Drucks 7/3061, 72.

§ 5 enthält (zusammen mit § 6) eine Sonderregelung für Adoptionen und Adop- 70
tionsaufhebungen, die bei Inkrafttreten des AdoptG bereits eingeleitet, aber noch nicht abgeschlossen waren (**schwebende Verfahren**). Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung hat sich mit Zeitablauf erledigt.

Fehlte am 1. 1. 1977 noch die nach § 1754 aF bzw § 1770 aF erforderliche gerichtl 71
Bestätigung, hatten aber der Annehmende oder das Kind den Antrag auf Bestätigung beim zuständigen Gericht eingereicht oder den Notar mit der Einreichung betraut, so konnte die Bestätigung nach den bisherigen Vorschriften erfolgen, die Adoption oder ihre Aufhebung also **nach den alten Bestimmungen** zu Ende geführt werden. Bedeutung erlangte diese Möglichkeit vor allem, wenn das neue Recht an das Zustandekommen oder die Aufhebung der Adoption strengere Voraussetzungen stellte oder aber die Beteiligten einer Minderjährigenadoption lediglich die schwächeren Wirkungen des alten Rechts wünschten. Für die Überleitung der so zustandegekommenen Adoption blieben im übrigen die allg Vorschriften (§§ 1–3) maßgebend: War der Angenommene am 1. 1. 1977 minderjährig, so mußten die Beteiligten zusätzlich von der Erklärungsmöglichkeit nach § 2 Abs 2 S 2 Gebrauch machen, falls sie den alten Rechtszustand für ihr Adoptionsverhältnis perpetuieren wollten (BT-Drucks 7/3061, 72; KEMP DNotZ 1976, 646, 656). Für die Wirkungen eines Aufhebungsvertrags konnte indessen nur altes Recht maßgebend sein (BayObLGZ 1978, 258, 259 = FamRZ 1978, 944 = DAVorm 1978, 775, 777).

Dem Gericht stand entgegen dem Wortlaut („kann“) **kein Ermessen** zu. Es kam 72
allein darauf an, ob die Beteiligten die Adoption oder ihre Aufhebung nach altem Recht wünschten (OLG Frankfurt FamRZ 1978, 61; LG Bonn FamRZ 1978, 62; LG Stuttgart FamRZ 1977, 479, 480 = DAVorm 1977, 598, 599 = BWNotZ 1977, 174, 175; KEMP DNotZ 1976, 646, 656). Da die Beteiligten keinen Einfluß auf die Behandlung ihrer Angelegenheiten durch den Notar bzw das VormG hatten, mußte das Gericht den Annahme- bzw Aufhebungsvertrag bestätigen, sofern die Beteilig-

ten das ihnen zustehende Wahlrecht (KEMP DNotZ 1976, 646, 656) in diesem Sinne ausüben. Hatten die Beteiligten erkennbar Interesse an einer Adoption alten Rechts, so war ihre Erklärung entsprechend auszulegen (Beispiele MünchKomm-LÜDERITZ Vor § 1741 Rz 66).

- 73 § 5 war nach zunächst umstrittener, später aber gefestigter Rspr auch dann maßgebend, wenn die *vormundschaftsgerichtl Genehmigung nach § 1751 aF* (BGH NJW 1979, 216 = FamRZ 1978, 890 = DAVorm 1978, 734 = LM AdoptG Nr 1; BayObLGZ 1977, 302; KG DAVorm 1978, 105; OLG Frankfurt FamRZ 1978, 61; OLG Düsseldorf FamRZ 1978, 61 [LS] = DAVorm 1977, 594, 597; OLG Köln DAVorm 1978, 101; LG Hannover DAVorm 1978, 55; LG Bonn FamRZ 1978, 62; LG Stuttgart FamRZ 1977, 479, 480 = DAVorm 1977, 598, 599 = BWNNotZ 1977, 174; LG Kiel DAVorm 1977, 747; KEMP DNotZ 1976, 646, 656 Fn 18; aA OLG Hamm FamRZ 1978, 58 = DAVorm 1977, 590 = Rpfleger 1977, 409 [LS]; LG Berlin FamRZ 1977, 411; 1977, 412; 1978, 60), die *Befreiung vom Erfordernis der Kinderlosigkeit nach § 1745 a aF* (BGH NJW 1979, 216 = FamRZ 1978, 890 = DAVorm 1978, 734 = LM AdoptG Nr 1; KG DAVorm 1978, 105; OLG Köln DAVorm 1978, 101; aA LG Berlin DAVorm 1977, 381; FamRZ 1978, 60) bzw der *Minderjährigkeit nach § 1745 c aF* (BGH NJW 1979, 216 = FamRZ 1978, 890 = DAVorm 1978, 734 = LM AdoptG Nr 1; BayObLGZ 1977, 302, 305) oder die *Einwilligung des Ehegatten nach § 1746 aF* oder der *Eltern nach § 1747 aF* (OLG Düsseldorf FamRZ 1978, 61 [LS] = DAVorm 1977, 594, 595; BayObLGZ 1977, 302, 306 f) noch fehlten.

§ 6

Hat vor Inkrafttreten dieses Gesetzes ein Elternteil die Einwilligung zur Annahme eines Kindes an Kindes Statt erteilt, so behält diese Einwilligung ihre Wirksamkeit zu einer Annahme als Kind nach den Vorschriften dieses Gesetzes. Dies gilt entsprechend, wenn das Vormundschaftsgericht die Einwilligung eines Elternteils zur Annahme des Kindes an Kindes Statt ersetzt hat.

Hat der Elternteil bei der Einwilligung nicht ausdrücklich zugestimmt, daß die Annahme nach den Vorschriften dieses Gesetzes mit den sich daraus ergebenden Wirkungen erfolgen kann, so kann er bis zum 31. Dezember 1977 erklären, daß die Vorschriften dieses Gesetzes über die Annahme Minderjähriger nicht angewandt werden sollen. § 2 Abs. 3 gilt für die Erklärung entsprechend. Auf das Annahmeverhältnis werden bis zum Ablauf der in Satz 1 bestimmten Frist, im Fall einer Erklärung nach Satz 1 auch nach Ablauf dieser Frist, die Vorschriften dieses Gesetzes über die Annahme Volljähriger mit der Maßgabe angewandt, daß auf die Aufhebung des Annahmeverhältnisses die Vorschriften der §§ 1760 bis 1763 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung dieses Gesetzes entsprechend anzuwenden sind. Wird keine Erklärung nach Satz 1 abgegeben, so werden nach Ablauf der in Satz 2 bestimmten Frist auf das Annahmeverhältnis die Vorschriften dieses Gesetzes über die Annahme Minderjähriger angewandt.

BT-Drucks 7/3061, 72; BT-Drucks 7/5087, 29.

- 74 1. Die Übergangsregelung des § 6 hatte nach dem RegE zunächst nur vorgesehen, daß **gerichtlich ersetzte Einwilligungen** ihre Wirksamkeit zu einer Annahme als Kind nach den neuen Vorschriften behalten (BT-Drucks 7/3061, 72; später § 6 Abs 1 S 2). Erst auf Vorschlag des RAussch wurden in § 6 auch Übergangsregelungen für **freiwillig erklärte Einwilligungen** aufgenommen (BT-Drucks 7/5087, 29).

- 75 Mit § 6 wurde erreicht, daß am 1.1.1977 bereits erteilte Einwilligungen oder ausgesprochene Ersetzungen wegen der weiterreichenden Wirkungen der Annahme

als Kind (Volladoption) nicht wiederholt zu werden brauchen. Andererseits blieb den leibl Eltern die Möglichkeit erhalten, eine Volladoption zu verhindern, die bei freiwilliger Erklärung der Einwilligung nicht beabsichtigt war (BT-Drucks 7/5087, 29; KEMP DNotZ 1976, 646, 656). § 6 hat wie § 5 seine praktische Bedeutung für die Rechtsanwendung durch Zeitablauf verloren.

2. Abgesehen von den Fällen des § 5 kann eine Adoption nach dem 1. 1. 1977 nur **76** noch auf der Grundlage des neuen Rechts erfolgen. In einem solchen Fall bestimmen sich die Voraussetzungen der Adoption auch dann nach dem neuen Recht, wenn die Annahme bereits vor dem 1. 1. 1977 eingeleitet wurde (CZERNER DAVorm 1977, 115, 121; LÜDERITZ NJW 1976, 1865, 1871; vgl auch KEMP DNotZ 1976, 646, 657 Fn 22). Eine vorher erteilte **elterl Einwilligung** (BayObLG StAZ 1977, 254, 255; BayObLGZ 1977, 193, 195 = FamRZ 1978, 65, 67) bleibt allerdings wirksam (§ 6 Abs. 1). Für sie gilt aber die **Frist des § 1750 Abs 4 S 2 nF** erst ab 1. 1. 1977 (Näheres § 1750 Rz 18). Ähnl gilt für die in **§ 1751 nF** angeordneten Rechtsfolgen: Diese sind frühestens ab 1. 1. 1977 maßgebend, im Normalfall des § 6 Abs 2 S 1 iVm S 4 sogar erst ab 1. 1. 1978 (BayObLGZ 1978, 384, 393 = StAZ 1979, 122, 125; BayObLG FamRZ 1978, 135, 136; BayObLGZ 1977, 193, 196 = FamRZ 1978, 65, 67; OLG Celle FamRZ 1979, 861, 864; **aM** OLG Stuttgart FamRZ 1980, 497 [ohne Begründung]; LG Lüneburg DAVorm 1977, 379 = ZBIJugR 1977, 305 mAnm BRÜGGEMANN).

Haben die Eltern des ehel oder die Mutter des nichtehel Kindes bei der Einwilligung **77** **ausdrücklich zugestimmt**, daß die Annahme nach den Vorschriften des neuen Rechts mit den sich daraus ergebenden Wirkungen erfolgen kann, oder liegt eine gerichtl Ersetzung der verweigerten Einwilligung vor, so finden auf das Annahmeverhältnis auch hinsichtlich der Wirkungen sofort mit dem Ausspruch der Annahme die neuen Vorschriften Anwendung (BT-Drucks 7/5087, 29; BRÜGGEMANN ZBIJugR 1977, 199, 207; OBERLOSKAMP DAVorm 1977, 89, 106). **Fehlt die ausdrückliche Zustimmung** auch nur eines Elternteils, so richten sich die Wirkungen einer bereits vor dem **1. 1. 1977** eingeleiteten Annahme bis zum **31. 12. 1977** nach dem neuen Recht der Volljährigenadoption (§ 6 Abs 2 S 3). Hat bis zu diesem Zeitpunkt kein Elternteil widersprochen, so gilt ab **1. 1. 1978** das neue Recht der Minderjährigenadoption (§ 6 Abs 2 S 4), im Falle des Widerspruchs (für den § 2 Abs 3 maßgebend ist) weiterhin das neue Recht der Volljährigenadoption mit schwächeren Wirkungen (§ 6 Abs 2 S 3). § 6 überträgt damit die Regelung der §§ 2, 3 für die unter altem Recht vollzogene Minderjährigenadoption auf die vor dem 1. 1. 1977 erteilten elterl Einwilligungserklärungen.

3. Für die **Aufhebung des Annahmeverhältnisses** gelten während der Schwebezeit **78** (1. 1.–31. 12. 1977) und für den Fall der Überleitung in eine Adoption mit den Wirkungen einer Volljährigenadoption ausschließlich die Vorschriften über die Minderjährigenadoption (§§ 1760–1763).

§ 7

Die Annahme als Kind nach den Vorschriften dieses Gesetzes über die Annahme Minderjähriger ist auch dann zulässig, wenn der Annehmende und der Anzunehmende bereits durch Annahme an Kindes Statt nach den bisher geltenden Vorschriften verbunden sind. Besteht das Annahmeverhältnis zu einem Ehepaar, so ist die Annahme als Kind nur durch beide Ehegatten zulässig.

Ist der Angenommene im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes volljährig, so wird § 1772 des Bürgerlichen Gesetzbuchs angewandt.

BT-Drucks 7/3061, 72.

- 79 § 7 ergänzt zunächst eine Lücke in der Überführung von Altadoptionen in neues Recht für die Zeit v 1. 1.–31. 12. 1977. Wünschten die Beteiligten, daß bereits vor dem 1. 1. 1978 die Wirkungen der Volladoption eintraten, so konnten sie von der Möglichkeit des § 7 Gebrauch machen. Darüber hinaus ist an den Fall gedacht, daß ein Beteiligter zunächst der Überleitung der Adoption in eine Volladoption nach § 2 Abs 2 S 2 widerspricht, nach Ablauf der Widerspruchsfrist aber seine Meinung ändert. In Betracht kommt weiter der Fall, daß bei Altadoptionen, deren Überleitung am Widerspruch der leibl Eltern scheiterte, eine Ersetzung der Einwilligung in eine Volladoption möglich ist (BT-Drucks 7/3061, 72; BISCHOF JurBüro 1976, 1569, 1602 f; ENGLER FamRZ 1976, 584, 594; KEMP DNotZ 1976, 646, 658). Da das Kind bereits adoptiert ist und es nur darum geht, die Wirkungen der Adoption zu verstärken, wird hier eine Ersetzung der Einwilligung idR bereits dann möglich sein, wenn anerkennenswerte Gründe für die Verweigerung nicht feststellbar sind (BGB-RGRK-DICKESCHIED Vor § 1741 Rz 33).
- 80 Die Aufstockung erfolgt nach den gleichen Voraussetzungen und im gleichen vormundschaftsgerichtl Verfahren wie die Annahme als Kind nach geltendem Recht. Soweit für das Kind ein gesetzl Vertreter handeln muß, sind die Annehmen- den von der gesetzl Vertretung nicht ausgeschlossen, da ein Interessenwiderstreit nicht ersichtlich ist (MünchKomm-LÜDERITZ Vor § 1741 Rz 76).
- 81 War der nach altem Recht Angenommene am 1. 1. 1977 volljährig, so kann nach § 7 Abs 2 unter den Voraussetzungen des § 1772 Volladoption angeordnet werden. War der nach altem Recht Angenommene am 1. 1. 1977 zwar noch minderjährig, wurde er aber später volljährig, ohne daß ein Verfahren nach § 7 Abs 1 durchgeführt wurde, so fragt es sich, ob eine Umwandlung des Annahmeverhältnisses noch nach § 7 Abs 1 in Betracht kommt. Dagegen spricht der Wortlaut v § 7 Abs 1, der eine Aufstockung nur „nach den Vorschriften über die Annahme Minderjähriger“ gestattet, und wohl auch die Überlegung, daß in den wenigen Fällen, in denen die Überleitung einer Minderjährigenadoption in eine Volladoption am Widerspruch eines Beteiligten scheiterte, eine Korrektur der Adoptionswirkungen nach Erreichung des Volljährigkeitsalters nicht mehr gerechtfertigt erscheint.
- 82 Anders als den §§ 5 u 6 kommt dem § 7 nach wie vor praktische Bedeutung zu, weil weder in Abs 1 noch in Abs 2 Fristen für die Einleitung eines Verfahrens auf „Aufstockung“ von Altadoptionen gesetzt werden.

83 VIII. Adoptionsvermittlung*

1. Zum AdoptVermG v 1976 (BGBl I 1762)

Kommentare u Monographien: BAER-GROSS, Adoption und Adoptionsvermittlung (2. Aufl 1981); Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung der Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter und überörtlichen Erziehungsbehörden (2. Aufl 1988); NAPP-PETERS, Adoption – Das alleinstehende Kind und seine Familien (1978); ROTH-STIELOW, Adoptionsgesetz – Adoptionsvermittlungsgesetz (1976);

Aufsätze: BAER-FALTERMEIER-GROSS, Adoptions- und Adoptionsvermittlungsgesetz nach drei Jahren Praxis – Erste Erfahrungen, NDV 1980, 370; CARSPACKEN, Probleme des Adoptionsvermittlungsgesetzes, ZBJJugR 1976, 512; CZERNER, Kritische Anmerkungen zum Adoptionsvermittlungsgesetz und Adoptionsgesetz, DAVorm 1977, 115; FEIL, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über die Vermittlung der Annahme Minderjähriger als Kind – Adoptionsvermittlungsgesetz – (AdoptVermG), RdJB 1975, 53; OBERLOSKAMP, Annahme als Kind und Adoptionsvermittlung seit

* **Schrifttum:** Das Schrifttumsverzeichnis beschränkt sich auf die Angabe von Literatur zum Adoptionsvermittlungsgesetz (nicht zur Adoptionsvermittlungspraxis).

dem 1. 1. 1977, DAVorm 1977, 89; SEIBERT, Das neue Adoptionsvermittlungsrecht, ZfF 1976, 201; TACK, Die Neuordnung des Adoptionsvermittlungsrechts durch das Adoptionsvermittlungsgesetz vom 2. Juli 1976, ZBJugR 1977, 1.

2. Zum Gesetz zur Änderung des AdoptVermG v 1989 (BGBl I 1989)

BACH, Neue Regelungen gegen Kinderhandel und Ersatzmuttervermittlung, FamRZ 1990, 574; HABERMANN, Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes, FuR 1990, 95; LIERMANN, Ersatzmuttertschaft und das Verbot ihrer Vermittlung, MDR 1990, 857; LÜDERITZ, Verbot von Kinderhandel und Ersatzmuttervermittlung durch Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes, NJW 1990, 1633.

Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz) v 27. 11. 1989 (BGBl I 1989)

Erster Abschnitt Adoptionsvermittlung

§ 1 Adoptionsvermittlung

Adoptionsvermittlung ist das Zusammenführen von Kindern unter achtzehn Jahren und Personen, die ein Kind annehmen wollen (Adoptionsbewerber), mit dem Ziel der Annahme als Kind. Adoptionsvermittlung ist auch der Nachweis der Gelegenheit, ein Kind anzunehmen oder annehmen zu lassen, und zwar auch dann, wenn das Kind noch nicht geboren oder noch nicht gezeugt ist. Die Ersatzmuttervermittlung gilt nicht als Adoptionsvermittlung.

§ 2 Adoptionsvermittlungsstellen

Die Adoptionsvermittlung ist Aufgabe des Jugendamtes und des Landesjugendamtes. Das Jugendamt darf die Adoptionsvermittlung nur durchführen, wenn es eine Adoptionsvermittlungsstelle eingerichtet hat, das Landesjugendamt nur, wenn es über eine zentrale Adoptionsstelle verfügt. Jugendämter benachbarter Gemeinden oder Kreise können, soweit die ihnen bei der Adoptionsvermittlung obliegenden Aufgaben hierdurch nicht beeinträchtigt werden, eine gemeinsame Adoptionsvermittlungsstelle errichten; die Errichtung bedarf der Zulassung durch die oberste Landesjugendbehörde. Landesjugendämter können eine gemeinsame zentrale Adoptionsstelle bilden. In den Ländern Berlin und Hamburg können dem Landesjugendamt die Aufgaben der Adoptionsvermittlungsstelle des Jugendamtes übertragen werden.

Zur Adoptionsvermittlung sind auch die örtlichen und zentralen Stellen des Diakonischen Werks, des Deutschen Caritasverbandes, der Arbeiterwohlfahrt und der diesen Verbänden angeschlossenen Fachverbände sowie sonstiger Organisationen berechtigt, wenn die Stellen von der nach Landesrecht zuständigen Behörde als Adoptionsvermittlungsstellen anerkannt worden sind.

Die Adoptionsvermittlungsstellen der Jugendämter und die zentralen Adoptionsstellen der Landesjugendämter arbeiten mit den in Absatz 2 genannten Adoptionsvermittlungsstellen partnerschaftlich zusammen.

§ 3 Vermittlung durch Fachkräfte

Mit der Adoptionsvermittlung dürfen nur Fachkräfte betraut werden, die dazu auf Grund ihrer Ausbildung und ihrer beruflichen Erfahrung geeignet sind. Die Adoptionsvermittlungsstellen (§ 2 Abs. 1 und 2) sind mit mindestens einer hauptamtlichen Fachkraft zu besetzen.

§ 4

Anerkennung als Adoptionsvermittlungsstelle

Die Anerkennung als Adoptionsvermittlungsstelle (§ 2 Abs. 2) ist zu erteilen, wenn der Nachweis erbracht wird, daß die Stelle die Voraussetzungen des § 3 erfüllt.

Die Anerkennung ist zurückzunehmen, wenn die Voraussetzungen für ihre Erteilung nicht vorgelegen haben. Sie ist zu widerrufen, wenn die Voraussetzungen nachträglich weggefallen sind.

§ 5

Vermittlungsverbote

Die Adoptionsvermittlung ist nur den nach § 2 Abs. 1 befugten Jugendämtern und Landesjugendämtern und den nach § 2 Abs. 2 berechtigten Stellen gestattet; anderen ist die Adoptionsvermittlung untersagt.

Das Vermittlungsverbot gilt nicht

1. für Personen, die mit dem Adoptionsbewerber oder dem Kind bis zum dritten Grad verwandt oder verschwägert sind;
2. für andere Personen, die in einem Einzelfall und unentgeltlich die Gelegenheit nachweisen, ein Kind anzunehmen oder annehmen zu lassen, sofern sie eine Adoptionsvermittlungsstelle oder ein Jugendamt hiervon unverzüglich benachrichtigen.

Es ist untersagt, Schwangere, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes haben, gewerbs- oder geschäftsmäßig durch Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheit zur Entbindung außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes

1. zu bestimmen, dort ihr Kind zur Annahme als Kind wegzugeben,
2. ihnen zu einer solchen Weggabe Hilfe zu leisten.

Es ist untersagt, Vermittlungstätigkeiten auszuüben, die zum Ziel haben, daß ein Dritter ein Kind auf Dauer bei sich aufnimmt, insbesondere dadurch, daß ein Mann die Vaterschaft für ein nichteheliches Kind zum Zwecke der Ehelicherklärung dieses Kindes anerkennt, ohne dessen Vater zu sein. Vermittlungsbefugnisse, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, bleiben unberührt.

§ 6

Adoptionsanzeigen

Es ist untersagt, Kinder zur Annahme als Kind oder Adoptionsbewerber durch öffentliche Erklärungen, insbesondere durch Zeitungsanzeigen oder Zeitungsberichte, zu suchen oder anzubieten.

Dies gilt nicht, wenn

1. die Erklärung den Hinweis enthält, daß Angebote oder Anfragen an eine durch Angabe der Anschrift bezeichnete Adoptionsvermittlungsstelle oder zentrale Adoptionsstelle (§ 2 Abs. 1 und 2) zu richten sind und
 2. in der Erklärung eine Privatanschrift nicht angegeben wird.
- § 5 bleibt unberührt.

Die Veröffentlichung der in Absatz 1 bezeichneten Erklärung unter Angabe eines Kennzeichens ist untersagt.

Absatz 1 Satz 1 gilt entsprechend für öffentliche Erklärungen, die sich auf Vermittlungstätigkeiten nach § 5 Abs. 4 Satz 1 beziehen.

Die Absätze 1 bis 3 gelten auch, wenn das Kind noch nicht geboren oder noch nicht gezeugt ist, es sei denn, daß sich die Erklärung auf eine Ersatzmutterchaft bezieht.

§ 7

Vorbereitung der Vermittlung

Wird der Adoptionsvermittlungsstelle bekannt, daß für ein Kind die Adoptionsvermittlung in Betracht kommt, so führt sie zur Vorbereitung der Vermittlung unverzüglich die sachdienlichen

8. Titel. Annahme als Kind

Ermittlungen bei den Adoptionsbewerbern, bei dem Kind und seiner Familie durch. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob die Adoptionsbewerber unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Kindes und seiner besonderen Bedürfnisse für die Annahme des Kindes geeignet sind. Mit den Ermittlungen bei den Adoptionsbewerbern soll schon vor der Geburt des Kindes begonnen werden, wenn zu erwarten ist, daß die Einwilligung zur Annahme als Kind erteilt wird.

Der Bundesminister für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit regelt durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates das Nähere über die Durchführung der sächdienlichen Ermittlungen und der Adoptionshilfe (§ 9) sowie die von den Adoptionsvermittlungsstellen dabei zu beachtenden Grundsätze.

§ 8**Beginn der Adoptionspflege**

Das Kind darf erst dann zur Eingewöhnung bei den Adoptionsbewerbern in Pflege gegeben werden (Adoptionspflege), wenn feststeht, daß die Adoptionsbewerber für die Annahme des Kindes geeignet sind.

§ 9**Adoptionshilfe**

Im Zusammenhang mit der Vermittlung und der Annahme hat die Adoptionsvermittlungsstelle jeweils mit Einverständnis die Annehmenden, das Kind und seine Eltern eingehend zu beraten und zu unterstützen, insbesondere bevor das Kind in Pflege genommen wird und während der Eingewöhnungszeit.

Die Jugendämter haben sicherzustellen, daß die gebotene vor- und nachgehende Beratung und Unterstützung geleistet wird.

§ 10**Unterrichtung der zentralen Adoptionsstelle des Landesjugendamtes**

Die Adoptionsvermittlungsstelle hat die zentrale Adoptionsstelle des Landesjugendamtes zu unterrichten, wenn ein Kind nicht innerhalb von drei Monaten nach Abschluß der bei ihm durchgeführten Ermittlungen Adoptionsbewerbern mit dem Ziel der Annahme als Kind in Pflege gegeben werden kann. Die Unterrichtung ist nicht erforderlich, wenn bei Fristablauf sichergestellt ist, daß das Kind in Adoptionspflege gegeben wird.

Absatz 1 gilt entsprechend, wenn Adoptionsbewerbern nicht innerhalb von 6 Monaten nach Abschluß der bei ihnen durchgeführten Ermittlungen ein Kind vermittelt werden kann, sofern die Adoptionsbewerber der Unterrichtung der zentralen Adoptionsstelle zustimmen und ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Bereich der Adoptionsvermittlungsstelle haben.

In den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 sucht die Adoptionsvermittlungsstelle und die zentrale Adoptionsstelle nach geeigneten Adoptionsbewerbern. Sie unterrichten sich gegenseitig vom jeweiligen Stand ihrer Bemühungen. In den Fällen des Absatzes 2 ist entsprechend zu verfahren.

§ 11**Aufgaben der zentralen Adoptionsstelle des Landesjugendamtes**

Die zentrale Adoptionsstelle des Landesjugendamtes unterstützt die Adoptionsvermittlungsstelle bei der Arbeit, insbesondere durch fachliche Beratung,

1. wenn ein Kind schwer zu vermitteln ist,
2. wenn ein Adoptionsbewerber oder das Kind eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzt oder staatenlos ist,
3. wenn ein Adoptionsbewerber oder das Kind seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes hat,
4. in sonstigen schwierigen Einzelfällen.

In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 2 und 3 ist die zentrale Adoptionsstelle des Landesjugendamtes vom Beginn der Ermittlungen (§ 7 Abs. 1) an durch die Adoptionsvermittlungsstellen ihres Bereiches zu beteiligen.

§ 12 **Ermittlungen bei Kindern in Heimen**

Unbeschadet der Verantwortlichkeit des Jugendamtes prüft die zentrale Adoptionsstelle des Landesjugendamtes in Zusammenarbeit mit der für die Heimaufsicht zuständigen Stelle, für welche Kinder in den Heimen ihres Bereiches die Annahme als Kind in Betracht kommt. Zu diesem Zweck kann sie die sachdienlichen Ermittlungen und Untersuchungen bei den Heimkindern veranlassen oder durchführen. Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Abs. 1 des Grundgesetzes) wird insoweit eingeschränkt. Bei Kindern aus dem Bereich der zentralen Adoptionsstelle eines anderen Landesjugendamtes ist diese zu unterrichten. § 78 Abs. 5 Satz 3 des Gesetzes für Jugendwohlfahrt gilt entsprechend.

§ 13 **Ausstattung der zentralen Adoptionsstelle des Landesjugendamtes**

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben sollen der zentralen Adoptionsstelle mindestens ein Kinderarzt oder Kinderpsychiater, ein Psychologe mit Erfahrungen auf dem Gebiet der Kinderpsychologie und ein Jurist sowie Sozialpädagogen und Sozialarbeiter mit mehrjähriger Berufserfahrung zur Verfügung stehen.

Zweiter Abschnitt **Ersatzmutterschaft**

§ 13 a **Ersatzmutter**

Ersatzmutter ist eine Frau, die aufgrund einer Vereinbarung bereit ist,

1. sich einer künstlichen oder natürlichen Befruchtung zu unterziehen oder
2. einen nicht von ihr stammenden Embryo auf sich übertragen zu lassen oder sonst auszutragen und das Kind nach der Geburt Dritten zur Annahme als Kind oder zur sonstigen Aufnahme auf Dauer zu überlassen.

§ 13 b **Ersatzmuttervermittlung**

Ersatzmuttervermittlung ist das Zusammenführen von Personen, die das aus einer Ersatzmutter-schaft entstandene Kind annehmen oder in sonstiger Weise auf Dauer bei sich aufnehmen wollen (Bestelleltern), mit einer Frau, die zur Übernahme einer Ersatzmutter-schaft bereit ist. Ersatzmut-tervermittlung ist auch der Nachweis der Gelegenheit zu einer in § 13 a bezeichneten Vereinbarung.

§ 13 c **Verbot der Ersatzmuttervermittlung**

Die Ersatzmuttervermittlung ist untersagt.

§ 13 d **Anzeigenverbot**

Es ist untersagt, Ersatzmütter oder Bestelleltern durch öffentliche Erklärungen, insbesondere durch Zeitungsanzeigen oder Zeitungsberichte, zu suchen oder anzubieten.

8. Titel. Annahme als Kind

Dritter Abschnitt
Straf- und Bußgeldvorschriften§ 14
Bußgeldvorschriften

Ordnungswidrig handelt, wer

1. entgegen § 5 Abs. 1 oder 4 Satz 1 eine Vermittlungstätigkeit ausübt oder
2. entgegen § 6 Abs. 1 Satz 1, auch in Verbindung mit Abs. 2 oder 3, oder § 13 d durch öffentliche Erklärungen
 - a) Kinder zur Annahme als Kind oder Adoptionsbewerber,
 - b) Kinder oder Dritte zu den in § 5 Abs. 4 Satz 1 genannten Zwecken oder
 - c) Ersatzmütter oder Bestellelternsucht oder anbietet.

Ordnungswidrig handelt auch, wer

1. entgegen § 5 Abs. 1 oder 4 Satz 1 eine Vermittlungstätigkeit ausübt und dadurch bewirkt, daß das Kind in den Geltungsbereich dieses Gesetzes oder aus dem Geltungsbereich dieses Gesetzes verbracht wird, oder
2. gewerbs- oder geschäftsmäßig
 - a) entgegen § 5 Abs. 3 Nr. 1 eine Schwangere zu der Weggabe ihres Kindes bestimmt oder
 - a) b) entgegen § 5 Abs. 3 Nr. 2 einer Schwangeren zu der Weggabe ihres Kindes Hilfe leistet.

Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Deutsche Mark, in den Fällen des Absatzes 2 mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Deutsche Mark geahndet werden.

§ 14 a
Strafvorschriften gegen Kinderhandel

Wer für eine in § 14 Abs. 1 Nr. 1 bezeichnete Handlung einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen läßt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. Handelt der Täter gewerbs- oder geschäftsmäßig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

Wer für eine in § 14 Abs. 2 Nr. 1 bezeichnete Handlung einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen läßt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Handelt der Täter gewerbs- oder geschäftsmäßig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

In den Fällen der Absätze 1 und 2 werden nicht bestraft die leiblichen Eltern des vermittelten Kindes und die Personen, die das Kind auf Dauer bei sich aufnehmen wollen.

§ 14 b
Strafvorschriften gegen Ersatzmuttervermittlung

Wer entgegen § 13 c Ersatzmuttervermittlung betreibt, wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

Wer für eine Ersatzmuttervermittlung einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen läßt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Handelt der Täter gewerbs- oder geschäftsmäßig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

In den Fällen der Absätze 1 und 2 werden die Ersatzmutter und die Bestelleltern nicht bestraft.

Vierter Abschnitt
Übergangs- und Schlußbestimmungen

(von einem Abdruck dieser Bestimmungen wird abgesehen)

Entstehungsgeschichte:

AdoptVermG v 1976: BT-Drucks 7/3421 u BR-Drucks 7/75; BT-Drucks 7/5089.

Ges zur Änderung des AdoptVermG v 1989: BT-Drucks 11/4154 u BR-Drucks 608/88; BT-Drucks 11/5283; BT-Drucks 11/5325; BR-Drucks 559/89; außerdem BT-Drucks 11/5212 (Große Anfrage) u BT-Drucks 11/7618 (Antwort auf Große Anfrage).

1. Entstehungsgeschichte

Zur Entstehungsgeschichte bis zum Stand v 31. 12. 1966 vgl Vorauf. Vorbem 47–57 zu § 1741. Das **Bundesgesetz über die Vermittlung der Annahme an Kindes Statt v 29. 3. 1951** (BGBl I 214) – ergänzt durch DVOen v 1952 u 1971 – erwies sich als unzulänglich (vgl ZUR NIEDEN, Adoption und Adoptionsvermittlung [3. Aufl 1963]; Thesen der AGJJ, MittAGJJ 57/58 [1969] aE; PECHSTEIN MittAGJJ 61/62 [1971] 53 ff; ENGLER 120 ff; BAER-GROSS 166 ff; wNachw BT-Drucks 7/3421, 12). Es beschränkte sich im wesentlichen darauf, die Stellen zu bestimmen, denen die Adoptionsvermittlung gestattet war. Nur die gewerbsmäßige Adoptionsvermittlung war verboten. Dies hatte zur Folge, daß des öfteren Personen, die von werdenden Müttern oder Adoptionsbewerbern um Rat angegangen wurden (zB Ärzte, Leiter von Kinderheimen), sich als Adoptionsvermittler betätigten. Ein weiterer – und wohl der entscheidende – Kritikpunkt war, daß nicht alle Adoptionsvermittlungsstellen über die erforderlichen Fachkräfte verfügten, die zur Beurteilung der Adoptionsbewerber, zur Beratung der Beteiligten und zur Klärung der anstehenden Rechts- und Verfahrensfragen in der Lage waren. Außerdem fehlte es an einem funktionierenden Mitteilungssystem, das sicherstellte, daß Heimkinder, die für eine Adoption in Betracht kamen, den Vermittlungsstellen auch tatsächlich gemeldet wurden. Schließlich mangelte es zwischen den Adoptionsstellen an jedem geordneten überregionalen Austausch von Informationen, der es ermöglichte, für zB behinderte oder heimgeschädigte Kinder besonders qualifizierte Adoptiveltern andernorts zu finden.

- 84 Die **Reform des Adoptionsvermittlungsrechts** verlief parallel zur Reform des materiellen Adoptionsrechts (dazu oben Rz 6 ff). Der GesE der BReg wurde am 26. 3. 1975 eingebracht (BT-Drucks 7/3421) und vom BT am 17. 4. 1975 an den Ausschuß für Jugend, Familie und Gesundheit federführend sowie an den RAussch und den Haushaltsausschuß mitberatend überwiesen. Nach Vorlage des Berichts des Ausschusses für Jugend, Familie und Gesundheit (BT-Drucks 7/5089) wurde am **2. 7. 1976** das „**Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind**“ (AdoptVermG) beschlossen (BGBl I 1762). Es trat am gleichen Tag wie das AdoptG, am 1. 1. 1977, in Kraft.

85 2. Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind v 1976

Das AdoptVermG verfolgte in erster Linie das Ziel, mehr adoptionsbedürftige Kinder besser und schneller zu vermitteln. Inhaltlich brachte es im wesentlichen folgende Neuerungen:

- 86 (1) Die Adoptionsvermittlung von Kindern unter 18 Jahren wird auf **anerkannte Adoptionsvermittlungsstellen** öffentlicher und freier Träger beschränkt, die **mit mindestens einer hauptamtlichen Fachkraft** besetzt sind (§§ 1–3 AdoptVermG).

Als Adoptionsvermittlungsstelle „anerkannt“ sind kraft Ges (§ 2 Abs 1) die **JugÄ und LandesjugÄ**. Während aber früher jedes JugÄ zur Adoptionsvermittlung berechtigt war, dürfen JugÄ heute Adoptionen nur noch dann durchführen, wenn sie eine Adoptionsvermittlungsstelle eingerichtet haben. LandesjugÄ sind zur Adoptionsvermittlung nur befugt, wenn sie über eine zentrale Adoptionsvermittlungsstelle verfügen. Zur Adoptionsvermittlung berechtigt sind auch die örtlichen und zentralen Stellen des **Diakonischen Werks**, des **Deutschen Caritas-Verbandes**, der **Arbeiterwohlfahrt** und der diesen Verbänden angeschlossenen Fachverbände sowie sonstige Organisationen (zB der **Internationale Sozialdienst**), wenn diese Stellen von der nach Landesrecht zuständigen Behörde als Adoptionsvermittlungsstellen anerkannt worden sind (§ 2 Abs 2). Mit dem **Erfordernis der Anerkennung** soll sichergestellt werden, daß auch bei den großen Fachverbänden kleine Adoptionsvermittlungsstellen, die nicht den Mindestvoraussetzungen entsprechen, diese Arbeit nicht weiter durchführen dürfen (§ 4). Ergänzt wird das in § 2 statuierte Vermittlungsmonopol durch ein **bußgeldbewehrtes** (§ 14) **Vermittlungsverbot** (§ 5), das Ausnahmen nur vorsieht zugunsten von Personen, die mit dem Adoptionsbewerber oder dem Kind bis zum 3. Grad verwandt oder verschwägert sind, oder die in einem Einzelfall und unentgeltlich die Gelegenheit nachweisen, ein Kind anzunehmen oder annehmen zu lassen, sofern sie eine Adoptionsvermittlungsstelle oder ein JugÄ hiervon unverzüglich benachrichtigen.

Jede Adoptionsvermittlungsstelle ist mit mind einer **hauptamtlichen Fachkraft** zu besetzen. Ein besonderes Berufsbild des Adoptionsvermittlers wollte der Gesetzgeber mit dem Erfordernis einer Fachkraft nicht schaffen. Nach der Begründung des RegE (BT-Drucks 7/3421, 17) wird Fachkraft iS v § 3 „in der Regel der Sozialarbeiter oder Sozialpädagoge mit beruflicher Erfahrung im Adoptionswesen“ sein.

(2) Bei den LandesjugÄ werden **zentrale Adoptionsvermittlungsstellen** eingerichtet, denen ein **interdisziplinär besetztes Team** zur Verfügung stehen soll (§ 13). **Aufgabe dieser zentralen Adoptionsvermittlungsstellen** ist es einmal, den überregionalen Ausgleich bei der Zusammenführung von Adoptionsbewerbern und Kindern zu ermöglichen (§ 10). Sie haben außerdem die Adoptionsvermittlungsstellen bei ihrer Arbeit insbes durch fachliche Beratung in den beispielhaft genannten Fällen des § 11 Abs 1 Nr 1–4 zu unterstützen. Des weiteren prüfen sie gem § 12 selbständig, für welche Kinder in den Heimen ihres Bereiches die Annahme als Kind in Betracht kommt. Schließlich ist die zentrale Adoptionsstelle des LandesjugÄ bei einer angestrebten **Adoption mit Auslandsberührung** von Anbeginn an in die Adoptionsvermittlung einzuschalten (§ 11 Abs 2). Auch ist das LandesjugÄ vom VormG vor dem Ausspruch der Annahme als Kind in allen Fällen mit Auslandsberührung zu hören (§ 49 Abs 2 FGG idF des KJHG v 26.6.1990 [BGBl I 1163], früher § 48 b JWG). Da derartige Adoptionen in sozialer und rechtl Hinsicht oft kompliziert gelagert sind, empfiehlt es sich in aller Regel, den Internationalen Sozialdienst Frankfurt/M zur fachlichen Beratung hinzuzuziehen.

(3) Es werden **Meldepflichten** sowohl der Adoptionsvermittlungsstellen als auch **88** der Heime als Voraussetzung für eine umfassende und frühzeitige Erfassung der Kinder eingeführt, die für eine Adoption in Betracht kommen (§ 10).

(4) § 9 statuiert erstmals einen Rechtsanspruch der Annehmenden, des Kindes und **89** seiner Eltern auf vor- und nachgehende **Beratung**.

3. Gesetz zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes v 1989

90

Das Ges zur Änderung des AdoptVermG v 27.11.1989 (BGBl I 1989), in Kraft getreten am 1.12.1989, wurde zum Anlaß genommen, das gesamte AdoptVermG

neu bekannt zu machen (BGBl I 2016). Ursache für das Ges zur Änderung des AdoptVermG v 1989 war ein Mißstand, dem der Gesetzgeber so schnell wie möglich entgegenzutreten wollte: „**Leihmutteragenturen**“ boten Ehepaaren, die wegen Unfruchtbarkeit der Frau keine Kinder bekommen konnten, die Vermittlung einer Ersatzmutter an, die bereit war, sich „auf Bestellung“ einer künstlichen Insemination zu unterziehen oder sogar einen nicht von ihr stammenden Embryo auszutragen. Die „Wunsch- oder Bestelleltern“ verpflichteten sich, das Kind zu adoptieren (vgl zu einem solchen Fall VGH Kassel NJW 1988, 1281 = FamRZ 1988, 874 [LS]; auch OLG Hamm NJW 1985, 2205 = FamRZ 1983, 1120; rechtsvgl DIETRICH, Mutterschaft für Dritte [1989]).

- 91 Der Zweck des Ges v 27. 11. 1989 wird bereits durch seine Bezeichnung „Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern“ deutlich. Das Ges ist überraschend schnell und weitgehend einvernehmlich zustande gekommen (vgl BT-Drucks 11/5283, 2). Noch im Februar 1989 hatte der BR den bis dahin vorliegenden E mit der Begründung abgelehnt, ein selbständiges und vorgezogenes Verbot der **Ersatzmuttervermittlung** sei nicht gerechtfertigt, weil die Ersatzmutterschaft in den umfassenden Sachzusammenhang der Fortpflanzungsmedizin gehöre (BR-Drucks 608/88 [Beschluß] 2 ff). Auch die Fachkreise der Jugendhilfe und der Adoptionsvermittlung standen dem E abl gegenüber. Kritisiert wurde vor allem die unglückliche Verquickung der Bestimmungen über die Pönalisierung der Ersatzmuttervermittlung mit dem AdoptVermG. Die Aufnahme von Straf- und Bußgeldvorschriften in ein Leistungsgesetz aus dem Bereich der Jugendhilfe gefährde den fachlichen Ruf der Adoptionsvermittlung (ZfJ 1987, 358; Jugendwohl 1989, 243 u 513; vgl BT-Drucks 11/4154, 7).
- 92 Durch das Ges zur Änderung des AdoptVermG werden nur die Vermittlung von Ersatzmutterschaften und die damit verbundenen Werbetätigkeiten verboten und sanktioniert, nicht aber die Ersatzmutterschaft als solche. § 14 b Abs 3 nimmt deshalb auch die Ersatzmutter und die Bestelleltern von den neuen Strafvorschriften aus (krit dazu BACH FamRZ 1990, 574, 575).
- 93 Neben den Abschnitt „Adoptionsvermittlung“ ist ein **neu eingefügter Abschnitt „Ersatzmutterschaft“** getreten (§§ 13 a–d): § 13 a definiert den Begriff der Ersatzmutterschaft, § 13 b den der Ersatzmuttervermittlung, § 13 c untersagt sodann die Ersatzmuttervermittlung, und § 13 d normiert zusätzlich ein Verbot von Anzeigen durch öffentliche Erklärungen. Die bisherigen (und erweiterten) **Bußgeldvorschriften** werden durch **Strafvorschriften** ergänzt. Das Betreiben einer Ersatzmuttervermittlung wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu 1 Jahr oder mit Geldstrafe sanktioniert (§ 14 b Abs 1). Die Vermittlung gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern, wird verschärft mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder Geldstrafe geahndet (§ 14 b Abs 2 S 1). Handelt der Täter gewerbs- oder geschäftsmäßig, so ist eine Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder eine Geldstrafe vorgesehen (§ 14 b Abs 2 S 2).
- 94 Außerdem macht das Ges eine bisher sanktionslose Umgehung des AdoptVermG zum Bußgeldtatbestand (§ 14 Abs 1 Nr 1; dazu BT-Drucks 11/4154, 9). Untersagt wird eine Vermittlungstätigkeit mit dem Ziel, daß ein Mann die Vaterschaft für ein nichtehel Kind zum Zwecke der Ehelicherklärung anerkennt, ohne dessen Vater zu sein (zu einem solchen Fall der Kindervermittlung vgl VG Frankfurt NJW 1988, 3032 = FamRZ 1989, 209).
- 95 Schließlich hat der Gesetzgeber in § 14 a eine neue **Strafvorschrift gegen Kinderhandel** aufgenommen. Diese Bestimmung richtet sich vor allem gegen die illegale Vermittlung von Kindern aus der Dritten Welt (vgl dazu den Fall VG Frankfurt NJW 1988, 3032 = FamRZ 1989, 209; außerdem BACH, Gekaufte Kinder –

8. Titel. Annahme als Kind

Babyhandel mit der Dritten Welt [1986]). Nach dem bis zum 1.2.1989 geltenden AdoptVermG konnte der Handel mit Adoptivkindern im Regelfall nur mit einem Bußgeld bis zu 10000 DM geahndet werden. § 14 a Abs 1 S 1 sieht nunmehr eine Freiheitsstrafe bis zu 1 Jahr oder Geldstrafe für denjenigen vor, der für eine verbotene Adoptionsvermittlung einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen läßt. Handelt der Täter gewerbs- oder geschäftsmäßig, ist neben einer Geldstrafe eine Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren möglich (§ 14 a Abs 1 S 2). Nach § 14 a Abs 2 erhöht sich der Strafraum bei grenzüberschreitenden Vermittlungen auf bis zu 3 Jahre bei einmaligem Tätigwerden, bei gewerbs- oder geschäftsmäßigem Handeln auf bis zu 5 Jahre Freiheitsstrafe.

§ 1741

Die Annahme als Kind ist zulässig, wenn sie dem Wohl des Kindes dient und zu erwarten ist, daß zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht.

Ein Ehepaar kann ein Kind gemeinschaftlich annehmen. Ein Ehegatte kann sein nichteheliches Kind oder ein Kind seines Ehegatten allein annehmen. Er kann ein Kind auch dann allein annehmen, wenn der andere Ehegatte ein Kind nicht annehmen kann, weil er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.

Wer nicht verheiratet ist, kann ein Kind allein annehmen. Der Vater oder die Mutter eines nichtehelichen Kindes kann das Kind annehmen.

BT-Drucks 7/3061, 23, 28–30, 73, 84; BT-Drucks 7/5087, 9.

Systematische Übersicht

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1. Normzweck 1
2. Entstehungsgeschichte 6
 - a) Die Regelung des Abs 1 7
 - b) Die Regelung des Abs 2 8
 - c) Die Regelung des Abs 3 9

II. Minderjährigkeit des Anzunehmenden

10

III. Die Grundvoraussetzungen der Adoption gem Abs 1

1. Wohl des Kindes 12
 - a) Begriff 13
 - b) Einzelgesichtspunkte 15
 - c) Der Sonderfall der Verwandtenadoption 20
2. Eltern-Kind-Verhältnis 23

IV. Der Personenkreis der Annehmenden

1. Allgemeines 27
2. Annahme durch Verheiratete 28
 - a) Gemeinsame Annahme durch ein Ehepaar 28
 - b) Annahme durch einen Ehegatten allein 29
 - c) Sonderfall der Stiefkindadoption 33
 - aa) Problematik der Stiefkindadoption 33
 - bb) Gemeinsame Annahme oder Annahme nur durch den Stiefelternteil 39
3. Annahme durch eine nichtverheiratete Person 43
 - a) Annahme eines fremden Kindes 43
 - b) Annahme des eigenen nichtehel Kindes 45
 - aa) Allgemeines 45
 - bb) Annahme durch die Mutter 46
 - cc) Annahme durch den Vater 47
 - dd) „Konkubinatskinder“ 49

Alphabetische Übersicht

Abstammungsurkunde 42

Adoptionsstatut 11

AIDS-Test 18

Altersabstand zwischen Annehmendem und Kind 25

Ausländische Rechtsordnungen 16, 21, 28, 34, 37, 47

Bestätigung des Annahmevertrags 7

Beurteilungsspielraum 13

Bezugspersonen 15

Children Act (England) 38

Dekretsystem 7

4. Buch. 2. Abschnitt. Verwandtschaft

Ehegatte

- Annahme des Kindes des Ehegatten 33 ff
- Annahme durch ausländischen 32
- Annahme durch einen Ehegatten allein 4, 8, 27, 29 ff, 39 ff
- gemeinschaftliche Annahme durch beide -n 8, 27 ff, 39 ff
- geschäftsunfähiger oder in Geschäftsfähigkeit beschränkter 31
- Zustimmung des -n 45

Ehekrise 16

Ehelicherklärung 40, 49

Ehepaar, gemeinschaftliche Annahme durch 8, 27 f, 39 ff

Ehepartner

- beschränkt geschäftsfähiger 31
- Adoption dem Ehepartner zuliebe 35

Einstellung, politische 19

Einzeladoption

- bei Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des Ehegatten 31
- des nichtehelichen Kindes durch seine Mutter 5, 9, 26, 45, 46
- des nichtehelichen Kindes durch seinen Vater 5, 9, 26, 45, 47 ff
- durch einen Ehegatten 29 ff
- durch einen Nichtverheirateten 27, 43 ff
- durch Stiefelternteil 39 ff
- in nichtehelicher Lebensgemeinschaft 44, 49
- rechtsvergleichend 43

Eltern-Kind-Verhältnis 3, 7, 23 ff, 36

Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung 16, 21, 36, 43

Enkel, Annahme des -s 22

Ermessen 13

Ersatzmutter 17

Geburtsurkunde 42

gemeinschaftliche Annahme

- des nichtehelichen Kindes durch leiblichen Elternteil und Stiefelternteil 42
- des ehelichen Kindes durch leiblichen Elternteil und Stiefelternteil 40
- durch Ehepaar 8, 27 f, 39 ff
- durch Geschwister 28
- durch Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft 28, 44, 49

Genehmigung, vormundschaftsgerichtliche, des Annahmevertrags 7

Geschäftsfähigkeit 11, 31

Geschwister

- Annahme durch 20 ff, 28
 - Trennung von -n 15
- Getrenntleben, Einzeladoption bei 32**

Großeltern

- Annahme durch 20 ff, 26
- Aufwachsen des Kindes bei 15

Heimkinder 16

HIV-Trägerschaft 18

Höchstalter 16

Höchstaltersdifferenz 16

Hospitalismus 15

Interessen, namensrechtliche des Stiefkindes 37

Kaufmutterchaft 41

Kenntnis der Abstammung 15

Kind, nichteheliches

- Adoption des nichtehelichen Kindes durch seine Mutter 5, 9, 26, 45, 49
- Adoption des nichtehelichen Kindes durch seinen Vater 5, 9, 26, 45, 47 ff
- Adoption des nichtehelichen Kindes durch Stiefelternteil 39, 41 f
- Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder 45

Kindeswohl 2, 7, 13 ff, 20, 24 ff, 37, 44, 46

Konfession 19

Konkubinatskinder 49

Kontinuitätsinteresse 15, 19

Lebensgemeinschaft, nichteheliche 28, 44, 49

Leihmutter 17

Milieu, gesellschaftliches 19

Minderjährigkeit 10 f, 31

Mindestaltersabstand 16

Mindestalterserfordernisse 16

Mindestdauer der Ehe 16

Mutter

- Annahme des nichtehelichen Kindes durch 5, 9, 26, 45 f
- Annahme von Mutter und Tochter gemeinsam 26
- Annahme des Stiefkindes der Mutter zuliebe 35

Namensänderungsverfahren 37

Namensgleichheit des Stiefkinds 37

Onkel, Annahme durch 20 ff

Pflegekinder 15 f

Prognoseentscheidung 14

Rückadoption des eigenen Kindes 36

Scheidung 35, 40, 45

Sorgerecht

- Erwerb des Sorgerechts durch den Vater des nichtehelichen Kindes 41, 47 f
- Beteiligung des Stiefelternteils am 37
- Übertragung auf nichtverheiratete Eltern 49
- Spielgefährte, Adoptivkind als 16
- Statusvorteile durch Adoption 15
- Stiefkind
 - Annahme eines ehelichen -es 39 f
 - Annahme eines nichtehelichen -es 41 f
- Stiefkindadoption
 - in England 38
 - Problematik der 33 ff
 - Rückgängigmachung der 35
 - Verbot der 37
- Stiefkindproblematik 33 ff
- Stiefkindverhältnis, gesetzliche Regelung des -ses 37
- Tante, Annahme durch 20 ff
- Tragemutterschaft 17
- Umgangsrecht des Vaters des nichtehelichen Kindes 33, 46
- Unterhaltsabfindungsvertrag 37
- Vater, Annahme des nichtehelichen Kindes durch 5, 9, 26, 45, 47 ff
- Vaterschaftsfeststellung 15
- Verwandtenadoption 20 ff
- Volljährigkeitsalter 11
- Wohl des Kindes 2, 7, 13 ff, 20, 24 ff, 37, 44, 46

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1. Normzweck

1

§ 1741 regelt in den Abs 1 bzw 2 u 3 zwei **inhaltlich nicht verbundene Bereiche**. Abs 1 nennt die beiden wichtigsten Voraussetzungen im Kindesinteresse und bildet die Zentralvorschrift des gesamten Adoptionsrechts. Die Abs 2 u 3 bestimmen, wer ein Kind annehmen kann. Bei den Gesetzgebungsarbeiten war vom Bundesrat vorgeschlagen worden, die Regelung des Abs 1 als Zielbeschreibung in einem selbständigen Paragraphen an die Spitze des Adoptionsrechts zu stellen (BT-Drucks 7/3061, 73). Der Gesetzgeber ist jedoch diesem Vorschlag nicht gefolgt (BT-Drucks 7/3061, 84, BT-Drucks 7/5087, 9).

Richtschnur für die Adoption ist nach Abs 1 das **Wohl des Kindes**. Es ist im AdoptG 2 v 1976 erstmals als Voraussetzung genannt, nachdem in der Reformliteratur nachdrücklich eine solche Regelung gefordert worden war (ENGLER 81; LÜDERITZ 27). Schon durch den Gesetzeswortlaut und die Stellung der Vorschrift wird nun unterstrichen, daß die Adoption im Interesse des Kindes erfolgt, nicht dagegen, wie teilweise zZ der Entstehung des BGB, im Interesse des Annehmenden (BT-Drucks 7/5087, 4; vgl demgegenüber Mot IV 952).

Abs 1 normiert als zweite Adoptionsvoraussetzung die **Erwartung, daß zwischen 3 dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht**. Damit soll deutlich gemacht werden, daß die Adoption nicht nur eine rechtliche Statusveränderung zum Vorteil des Kindes bewirken soll, sondern in erster Linie der tatsächlichen Herstellung eines neuen Familienbandes dient.

Abs 2 regelt die **Annahme durch Verheiratete**. Um die Entstehung künstlicher 4 Stiefkind-Verhältnisse zu vermeiden (BT-Drucks 7/3061, 28), hat der Gesetzgeber die Möglichkeit der Annahme durch einen Ehegatten allein auf Ausnahmefälle beschränkt (Abs 2 S 2 u 3).

Abs 3 ermöglicht in S 1 die **Annahme durch eine nichtverheiratete Einzelperson 5** und läßt in S 2 ausdrücklich auch die **Adoption des eigenen nichtehel Kindes** durch seinen Vater oder seine Mutter zu.

2. Entstehungsgeschichte

6

Die Regelung des § 1741 hat den **Rechtszustand vor der Reform v 1976** nur unwesentlich verändert.

7 a) Die Regelung des Abs 1

Obwohl im BGB vor der Reform das **Wohl des Kindes** als Adoptionsvoraussetzung nicht ausdrücklich genannt war, durfte doch die vormundschaftsgerichtl Genehmigung zum Abschluß des Annahmevertrags nach § 1751 aF nur erteilt werden, wenn die Adoption auch wirklich dem Wohl des Kindes entsprach (Näheres Vorauf § 1751 Rz 24). Die zweite Adoptionsvoraussetzung des Abs 1, nämlich die **Erwartung, daß zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht**, war im alten Recht in § 1754 Abs 2 Nr 2 normiert. Nach dieser Bestimmung mußte die Bestätigung des Annahmevertrags versagt werden, wenn begründete Zweifel daran bestanden, daß durch die Annahme ein dem Eltern-Kind-Verhältnis entsprechendes Familienband hergestellt werden sollte (Näheres Vorauf § 1754 Rz 32 ff). Mit der heutigen positiven Formulierung soll klargestellt werden, daß das Gericht die Annahme erst aussprechen darf, „wenn es zu seiner Überzeugung festgestellt hat, daß die Herstellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses beabsichtigt ist und die Voraussetzungen dafür vorliegen“ (BT-Drucks 7/5087, 9). Eine ins Gewicht fallende sachliche Änderung gegenüber der früheren negativen Formulierung war indessen nicht Ziel des Gesetzgebers (vgl BT-Drucks 7/3061, 29). Der neue Wortlaut ist in erster Linie durch den Übergang zum Dekretsystem bedingt.

8 b) Die Regelung des Abs 2

Auch nach altem Recht (§ 1749 Abs 1 aF) konnte ein Kind gemeinschaftlich nur **von einem Ehepaar** angenommen werden. Im Gegensatz zur heutigen Regelung des Abs 2 S 2 u 3 schränkte indessen das BGB vor der Reform die Möglichkeit der Adoption **durch einen Ehegatten allein** nicht ausdrücklich ein, verlangte allerdings in § 1746 Abs 1 aF (ebenso heute § 1749) die Einwilligung des anderen Ehegatten. Zur Begründung heißt es im RegE (BT-Drucks 7/3061, 28): „Wenn die Annahme durch beide Ehegatten daran scheitert, daß ein Ehegatte die Elternpflicht nicht übernehmen will, soll die Annahme besser unterbleiben.“

9 c) Die Regelung des Abs 3

Schon vor der Reform war die Annahme **durch nichtverheiratete Einzelpersonen** möglich (§ 1741 S 1 aF). Die **Annahme des eigenen nichtehel Kindes durch Vater oder Mutter** war auch ohne ausdrückliche gesetzl Regelung allg anerkannt (Nachw Vorauf § 1741 Rz 11–13), bis der Gesetzgeber im Zuge der Reform des Nichtehelichenrechts v 1969 im neu eingefügten § 1742 a S 1 klarstellte, daß trotz der durch das NEhelG angestrebten Gleichstellung ehel und nichtehel Kinder weiterhin nichtehel Kinder von ihrem Vater oder ihrer Mutter als Kind angenommen werden können. Die Regelung des § 1742 a S 1 aF ist bei der Reform v 1976 inhaltlich unverändert in § 1741 Abs 3 S 2 übernommen worden.

10 II. Minderjährigkeit des Anzunehmenden

Die §§ 1741 ff regeln im Gegensatz zu den §§ 1767 ff die **Adoption Minderjähriger**. Entscheidend für die Frage der Minderjährigkeit des Anzunehmenden ist der Zeitpunkt des Erlasses des Adoptionsbeschlusses, nicht der des Antrags nach § 1752 (AG Kempten StAZ 1990, 108). Auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Adoptionsbeschlusses nach § 56 e S 2 FGG (= Zustellung an den Annehmenden) ist schon deshalb nicht abzustellen, weil der Beschluß nur mit dem Inhalt wirksam werden kann, mit dem er ergangen ist: Eine rechtsirrtümlich ausgesprochene Minderjährigenadoption eines Erwachsenen bleibt hinsichtl ihrer Wirkungen Minderjährigenadoption (AG Kempten StAZ 1990, 108), ebenso wie umgekehrt die

irrig verfügte Adoption eines Minderjährigen nach den Vorschriften über die Volljährigenadoption unanfechtbar (§ 56 e S 3 FGG) Volljährigenadoption bleibt (BayObLGZ 1986, 155, 159 f = StAZ 1986, 318, 319; Näheres unter § 1752 Rz 25).

Gehört der Anzunehmende einem fremden Staat an, so bestimmt sich die Minder- **11**
jährigkeit nach seinem **Heimatrecht (Art 7 Abs 1 EGBGB)**. Eine unselbständige Anknüpfung an das Adoptionsstatut (Art 22 EGBGB) kommt nicht in Betracht, weil der Gesetzgeber die Zulässigkeit der Adoption nach Maßgabe der §§ 1741 ff nicht vom Erreichen eines bestimmten Höchstalters abhängig gemacht hat, wie das etwa im französ Recht der Fall ist, das in Art 345 Abs 1 Cc die adoption plénière nur für Kinder unter 15 Jahren zuläßt, sondern in den §§ 1741 ff u 1767 ff danach differenziert, ob der Anzunehmende die allg Geschäftsfähigkeit erlangt hat oder nicht. Auch zu Zeiten, als das Volljährigkeitsalter noch bei 21 Jahren lag, hatte der BGB-Gesetzgeber diese Altersgrenze (und nicht etwa die Vollendung des 18. Lebensjahres) als entscheidend angesehen (§ 1744 S 3 aF). Daß die Frage der Minderjährigkeit des Anzunehmenden selbständig nach Art 7 Abs 1 EGBGB anzu- knüpfen ist, entspricht auch der hM (BayObLGZ 1986, 155, 159 = StAZ 1986, 318, 319; HessVGh StAZ 1985, 312, 313 f; VG Darmstadt StAZ 1984, 44, 47 [Vorin- stanz] mAnm von MANGOLDT 48 ff; LG Stade FamRZ 1976, 232; AG Korbach StAZ 1981, 203 mAnm von MANGOLDT; IPG 1984 Nr 34, 340 [München]; STAUDINGER- HENRICH Art 22 EGBGB Rz 26; aA MünchKomm-LÜDERITZ Rz 2).

III. Die Grundvoraussetzungen der Adoption gem Abs 1

1. Wohl des Kindes

12

Jede Adoption, also auch die des eigenen nichtehel Kindes, eines verwandten Kindes oder eines Stiefkindes muß dessen Wohl dienen. Abs 1 gilt gem § 1767 Abs 2 sogar für die Volljährigenadoption (vgl allerdings § 1767 Rz 13).

a) Begriff

13

Das Wohl des Kindes ist ein **Leitmotiv des Kindschaftsrechts**, das in einer Vielzahl von gesetzl Bestimmungen angesprochen wird (§§ 1627, 1634, 1666, 1671, 1672, 1696, 1723, 1727, 1740 a). Es handelt sich dabei um eine schwer konkretisierbare Generalklausel (krit zum Begriff, nicht aber zu seinem Ziel GOLDSTEIN-FREUD- SOLNIT 49 ff; allg zu diesem Problem GERNHUBER FamRZ 1973, 229; LÜDERITZ FamRZ 1975, 605, 606 f; SIMITIS in: GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT 101 ff; grundlegend COESTER, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff [1983], sowie in Brühler Schriften zum Familienrecht Bd 4 [1986], 35 ff, allerdings jeweils ohne Einbeziehung des Adop- tionsrechts), die die Gefahr in sich birgt, daß jeder Richter sie mit seinen eigenen Wertvorstellungen ausfüllt (hierauf zielen die Bedenken von MNOOKIN FamRZ 1975, 1). Allerdings räumt der Begriff dem Tatrichter kein Ermessen ein. Vielmehr handelt es sich um einen sog **unbestimmten Rechtsbegriff** (OLG Hamm FamRZ 1982, 194, 195 = DAVorm 1981, 879, 881; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 7; ROTH- STIELOW Rz 2), so daß das Rechtsbeschwerdegericht sowohl die Auslegung des Begriffs als auch die Subsumtion der festgestellten Tatsachen unter diesen Begriff voll überprüfen kann. Auch ein sog Beurteilungsspielraum wird dem Tatrichter allg nicht eingeräumt (KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 27 FGG Rz 30 f).

Bei der im Adoptionsrecht notwendigen Prognoseentscheidung hat der Begriff des **14**
Kindeswohls eine doppelte Funktion. Eine **Zielfunktion** kommt ihm insoweit zu, als das Kind durch die Adoption ein beständiges und ausgeglichenes Zuhause bekom- men soll (BT-Drucks 7/3061, 28). Eine **Vergleichsfunktion** hat der Begriff insoweit,

als sich die Lebensbedingungen des Kindes im Vergleich zur Lage ohne Adoption so verändern müssen, daß eine merklich bessere Persönlichkeitsentwicklung zu erwarten ist (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 7; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4; BayObLGZ 1989, 70, 73 f = FamRZ 1989, 1336, 1337 = Rpfleger 1989, 368; BayObLG FamRZ 1983, 532, 533 = ZBIJugR 1983, 431, 433; demgegenüber lassen GERNHUBER § 62 VIII 2 und OLG Hamm FamRZ 1982, 194, 195 = DA Vorm 1981, 879, 881 eine schlichte Verbesserung genügen). Zur Klärung der Frage, ob sich die Lebensverhältnisse des Kindes durch die beantragte Annahme verbessern, ist ein Gesamturteil erforderlich; die Situation des Kindes braucht sich nicht bzgl jeder unterscheidbaren Einzelbedingung zu verbessern. Gewachsene Bindungen des Kindes dürfen nur in Ausnahmefällen bei Vorliegen gewichtiger Gründe zerstört werden (Kontinuitätsgrundsatz, vgl BVerfGE 79, 51, 64 = NJW 1989, 519, 520 = FamRZ 1989, 31, 33; BGH NJW 1985, 1702, 1703 = FamRZ 1985, 169 zu § 1671). Wichtig ist vor allem, daß der Richter das Kindeswohl nicht einseitig auf Grund der äußeren Lebensumstände beurteilt, sondern auch die psychische Dimension dieses Begriffes ausreichend berücksichtigt (SIMITIS ua, Kindeswohl [1979] 195 ff, 213 ff; GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT, 33f; zum Kindeswohl in der familiengerichtl Sorgerechtspraxis vgl KOECHHEL-HEIDER ZfJ 1989, 76).

15 b) Einzelgesichtspunkte

Haben die natürlichen Eltern ihr Kind bisher ordentlich erzogen, und soll der Kontakt zum Kind auch nach der Adoption nicht abgebrochen werden, so entspricht die Annahme idR nicht dem Wohl des Kindes; dies gilt insbes, wenn die Adoption zu einer **Trennung von Geschwistern** führen würde, mit denen das Kind in gutem Einvernehmen aufgewachsen ist (OLG Bremen DAVorm 1974, 472 = Rpfleger 1973, 430 betr eine Adoption des Kindes durch seinen Onkel und dessen Ehefrau). Spielen für den Entschluß der Eltern, ihr Kind zur Adoption freizugeben, **wirtschaftliche Gesichtspunkte** oder **familiäre Probleme** eine Rolle, so ist zu prüfen, ob finanzielle Hilfen oder unterstützende Maßnahmen nach §§ 27 ff SGB VIII noch eine Änderung dieses Entschlusses bewirken können (ENGLER 81; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 8). Führt eine im Interesse des Kindes erforderliche Adoption unvermeidbar zu einer Trennung von bisherigen Bezugspersonen, so gebietet es das Kontinuitätsinteresse des Kindes, den Wechsel so behutsam wie möglich vorzunehmen. Probleme ergeben sich, wenn das Kind längere Zeit gut betreut in einer Pflegefamilie lebte und später in die Obhut der vorgesehenen Adoptiveltern (§ 1744) kommen soll. Nach BVerfGE 79, 51 = NJW 1989, 519 = FamRZ 1989, 31 darf ein Kind aus seiner Pflegefamilie auch dann herausgenommen und in eine vorgesehene Adoptivfamilie übergeführt werden (Adoptionspflege), wenn psychische Beeinträchtigungen des Kindes als Folge der Trennung nicht schlechthin ausgeschlossen werden können. Obwohl in solchen Fällen von Verfassungen wegen eine Adoptionspflege möglich ist, muß die Entscheidung im Einzelfall davon abhängen, wie intensiv die gewachsenen Bindungen des Kindes zu seinen Pflegeeltern sind (Dauer des Pflegeverhältnisses), und ob das Pflegeverhältnis auf Dauer fortgeführt werden kann. Die Statusvorteile, die eine Adoption mit sich bringt, reichen jedenfalls nicht aus, um eine Adoption auf dem Hintergrund des damit verbundenen Erziehungsbruchs zu rechtfertigen (LAKIES FamRZ 1990, 693, 702; LEMPP ZBIJugR 1974, 124, 129 ff). Wächst ein Kind bei seinen **Großeltern** auf, die das Kind gut betreuen, es indessen nicht adoptieren können oder wollen (vgl dazu unten Rz 22), so scheidet ebenfalls die Möglichkeit einer Adoption durch Dritte grds aus (vgl BayObLG DAVorm 1979, 616, 619f). Daß eine Adoption jederzeit einer Heimpflege vorzuziehen ist, bedarf keiner Erläuterung. Zur Gefahr des Hospitalismus vgl Vorbem 35 zu § 1741. – Bei der Adoption eines nichtehel Kindes

darf der **Ausgang eines Vaterschaftsfeststellungsprozesses** nur dann abgewartet werden, wenn eine dadurch eingetretene Verzögerung der Adoption dem Wohl des Kindes nicht entgegensteht (LG Stuttgart FamRZ 1978, 147 = Rpfleger 1978, 16; ausf zu dieser Problematik § 1747 Rz 43 mwNachw). Dem Interesse des Kindes an der Kenntnis seiner Abstammung kann notfalls auch durch eine Vaterschaftsfeststellung nach erfolgter Annahme Rechnung getragen werden (§ 1755 Rz 15).

Voraussetzung für die Annahme ist die **Bereitschaft und die Fähigkeit des Annehmenden**, selbst, wenn auch mit Hilfe Dritter, **für das Kind zu sorgen**. Die Annahme eines Kindes dient nicht dessen Wohl, wenn beide Annehmende voll **berufstätig** sind und sich nicht ausreichend um das Kind kümmern können (Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung idF v 1988 unter 3.334), so daß ua die Gefahr besteht, daß das Kind später hin- und hergeschoben wird. Besonders bei der **Adoption von Heim- und Pflegekindern**, die noch keine engen Beziehungen entwickeln konnten oder oftmals schon einen Beziehungsbruch zu verkraften hatten, ist die Möglichkeit einer intensiven persönlichen Zuwendung unabdingbare Adoptionsvoraussetzung. Verbüßt der Adoptionsbewerber eine **längere Haftstrafe**, so dient die Annahme schon deshalb nicht dem Wohl des Kindes, weil sich persönliche Beziehungen kaum entwickeln lassen (BayObLG FamRZ 1983, 532, 533 = ZBlJugR 1983, 431, 433). Die **Mindestalterserfordernisse** des § 1743 sollen sicherstellen, daß der Annehmende altersbedingt wenigstens ein gewisses **Mindestmaß an persönlicher Reife** besitzt. Anders als in manchen ausländischen Rechtsordnungen wurde im BGB davon abgesehen, im Interesse des Kindes ein **Höchstalter für Adoptierende**, einen **Mindestaltersabstand** oder eine **Höchstaltersdifferenz** zwischen Annehmendem und Kind oder eine **Mindestdauer der Ehe** der Adoptierenden vorzuschreiben (Näheres § 1743 Rz 4). Alle diese Gesichtspunkte spielen indessen für die Frage, ob die Adoption dem Wohl des Kindes dient, eine nicht unerhebliche Rolle. Die Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung idF v 1988 sehen zB unter 3.331 vor, daß Säuglinge idR nicht Bewerbern über 35 Jahre vermittelt werden sollen. Gegen eine Adoption kann im Einzelfall auch sprechen, daß die Annehmenden erkennbar auf eigene Kinder, seien es vorhandene oder gewünschte, fixiert sind und die Adoption in erster Linie dazu dienen soll, über den **Verlust eines eigenen Kindes** hinwegzukommen oder einem vorhandenen leibl Kind zu einem **Spielgefährten** zu verhelfen (BINSCHUS ZfF 1976, 193, 194). Abzulehnen ist eine Adoption auch dann, wenn sie dazu beitragen soll, eine **Ehekrise** zu bewältigen (BINSCHUS ZfF 1976, 193, 194).

Umstritten ist, ob die Adoption eines Kindes, das „auf Bestellung“ durch Wunscheltern von einer **Leih- oder Ersatzmutter** zur Welt gebracht wurde, dem Wohl des Kindes dient, wenn die Adoptionsbewerber die „Besteller“ sind. Dabei macht es grds keinen Unterschied, ob das Kind vom Wunschvater abstammt (Fall der Ersatzmutterchaft), möglicherweise sogar genetisch das Kind der Wunschmutter ist (sog Leih- oder Tragemutterchaft), oder ob das Kind weder mit dem Wunschvater noch mit der Wunschmutter blutsverwandt ist. In allen Fällen kann das Kind rechtl in die Wunschfamilie nur durch Adoption integriert werden (§ 1747 Rz 34f). Ob diese Adoption dem Wohl des Kindes dient, ist nach allg Kriterien zu bestimmen. Dem Umstand, daß es sich um ein Kind „auf Bestellung“ handelt, kommt keine negative Indizwirkung bei (COESTER-WALTJEN, Verh 46. DJT [1986] Bd I S B 87f mwNachw). Insbes widerspricht der Wunsch, ein Kind zu adoptieren, das genetisch zumindest von einem Elternteil abstammt, nicht a priori dem Wohl des diesem Wunsch gerecht werdenden Kindes (**aA** MANSEES ZfJ 1986, 496, 498f). Auch verletzt der Richter, der dem Adoptionsbegehren der Wunscheltern stattgibt, nicht die Menschenwürde des Kindes, da die sittlich-moralische und rechtl Bewertung von Ersatz- und Leihmutterchaft bei der Beurteilung der Frage, ob die Adoption durch die Wunscheltern dem Wohl des Kindes dient, außer Betracht zu bleiben hat (AG

Gütersloh FamRZ 1986, 718; COESTER-WALTJEN aaO; ERMAN-HOLZHAUER Rz 16; aA KÜPPERS, Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragemutterschaft, Diss Würzburg = Europäische Hochschulschriften [1989] 96–101).

- 18 Die körperliche Verfassung des Annehmenden** muß erwarten lassen, daß er das Kind auf Dauer selbst pflegen kann (LG Berlin FamRZ 1989, 427 = ZfJ 1989, 142; LG Berlin FamRZ 1978, 148, 149). Aus diesem Grund steht auch eine HIV-Trägerschaft des Annehmenden einer Adoption idR entgegen (LG Berlin FamRZ 1989, 427 = ZfJ 1989, 142; BRUNS MDR 1989, 297, 299 f; KALLABIS ZfJ 1988, 53, 55 ff; TIEDEMANN NJW 1988, 729, 736 f). Aus diesem Grund kann vom Annehmen- den im Adoptionsverfahren als Grundlage für eine zuverlässige Prognose hinsichtl des Wohls des Kindes auch die **Vorlage eines AIDS-Tests** verlangt werden (LG Berlin FamRZ 1989, 427 = ZfJ 1989, 142). Eine Weigerung des Adoptionsbewerbers rechtfertigt zwar nicht automatisch die Zurückweisung des Adoptionsantrages, jedoch ist ein solches Verhalten in die Gesamtbeurteilung einzubeziehen (KG OLGZ 1978, 257, 259 = DAVorm 1978, 788, 792 unter Aufhebung v LG Berlin FamRZ 1978, 148).
- 19 Konfession, Weltanschauung und politische Einstellung** des Annehmenden sind grds unbeachtlich. Bei der Adoption älterer Kinder, die schon eine geistige, religiöse oder weltanschauliche Prägung erfahren haben, spricht indessen das Kontinuitätsinteresse dafür, daß die Adoptionsbewerber ihm eine entsprechende Umgebung bieten können (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 11). Aus demselben Grund sollte bei einem älteren Kind der Annehmende idR einem **gesellschaftlichen Milieu** angehören, das dem vergleichbar ist, in dem das Kind vorher großgeworden ist (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 18).

20 c) Der Sonderfall der Verwandtenadoption

Besondere Probleme wirft neben der Stiefkindadoption (unten Rz 33) und der Adoption des eigenen nichtehel Kindes (unten Rz 45) die Verwandtenadoption auf (ausf dazu FRANK 126 ff; auch GERNHUBER § 62 III 8; BEITZKE § 33 II 1 c; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 22; AK-FIESELER Rz 3). Sie wird im Ges bei den Voraussetzungen der Adoption nicht besonders erwähnt, wohl aber bei deren Wirkungen (§ 1756 Abs 1). Der Umstand, daß der Gesetzgeber es für richtig hielt, für den besonderen Fall der **Annahme durch Verwandte 2. oder 3. Grades**, also durch Großeltern, Geschwister, Onkel, Tante, eine Sonderregelung einzuführen, macht deutlich, daß er der Annahme eines Kindes durch nahe Verwandte nicht gerade abl gegenüberstand. Die Rspr hat sich schon des öfteren mit der Verwandtenadoption befaßt*, aber diese nur selten aus Gründen des Kindeswohls abgelehnt (so aber OLG Bremen Rpfleger 1973, 430 = DAVorm 1974, 472; OLG Hamm FamRZ 1968, 110; OLG Celle ZBJugR 1967, 257 = NdsRpfl 1966, 149; AG Hannover FamRZ 1966, 45 = DAVorm 1966, 70).

- 21 Die Verwandtenadoption begründet künstliche Rechtsbeziehungen auf dem Boden natürlicher Verwandtschaftsverhältnisse. Die Umwandlung natürlicher Verwandtschaftsverhältnisse** führt oft zu einem unerträglichen **Verwirrspiel** für das angenommene Kind. Bei der Reform v 1976 wurde dieses Problem zwar gesehen, durch die

* BVerfGE 24, 119, 126 = NJW 1968, 2233 = FamRZ 1968, 578, 580 u OLG Stuttgart FamRZ 1964, 51 (Vorlagebeschluß); BVerwG FamRZ 1969, 488; BayObLGZ 15, 543 = SeuffA 70 Nr 110 = Recht 1915 Nr 208; BayObLGZ 1965, 313 = FamRZ 1965, 525; BayObLG DAVorm 1979, 616; OLG Celle ZBJugR 1967, 257 = NdsRpfl 1966, 149; OLG Hamm FamRZ 1968, 110; OLG Frankfurt FamRZ 1971, 322; OLG Bremen Rpfleger 1973, 430 = DAVorm 1974, 472; LG Bad Kreuznach StAZ 1985, 167; AG Freiburg DRZ 1949, 261; AG Hannover FamRZ 1966, 45 = DAVorm 1966, 70; AG Cuxhaven FamRZ 1976, 241.

mißglückte Regelung des § 1756 Abs 1 aber nicht gelöst (Näheres § 1756 Rz 1–4 u 10–27). Erfolgt die Verwandtenadoption zu Lebzeiten der leibl Eltern, so ist eine sichere Prognose darüber, ob der persönliche Kontakt der Eltern mit dem Kind oder mit nahen Verwandten auch wirklich definitiv beendet wird, kaum möglich. Zwar ist der Abbruch personaler Beziehungen keine förmliche Adoptionsvoraussetzung, aber es ist offenkundig, daß eine Familiengemeinschaft, in der die leibl Eltern auch nach der Adoption ihres Kindes tatsächlich dessen Entwicklung mitverfolgen, ohne rechtl irgendwelche Einflußmöglichkeiten auf die Erziehung zu besitzen, im hohem Maße **konfliktgefährdet** ist. Die Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung idF v 1988 stehen deshalb auch der Annahme durch Verwandte mit Vorbehalten gegenüber (unter 3.339), meinen jedoch, daß insbes die Adoption durch Großeltern auch nach dem Tod der Eltern möglich sein sollte. Nach dem Tod der Eltern ist indessen eine Annahme durch nahe Familienangehörige idR nicht mehr erforderlich, oft nicht einmal zweckmäßig, weil diese das Kind ohne weiteres auch in ihrer Eigenschaft als Großeltern, Geschwister, Onkel, Tante betreuen können. Wenn die Bereitschaft zur Übernahme elterl Verantwortung auf **verwandtschaftl Solidarität** beruht, sollte auch die Herstellung eines künstlichen Verwandtschaftsverhältnisses eher auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben (vgl auch OBERLOSKAMP ZBJugR 1980, 581, 586). **Ausländische Rechtsordnungen** verbieten zT ausdrücklich die Adoption durch Großeltern und Geschwister (*Albanien* Art 50 FGB; *Bulgarien* Art 52 Familienkodex; *Jugoslawien* zB Art 10 AdoptG v Mazedonien, Art 8 Abs 1 AdoptG v Montenegro, Art 144 Abs 1 Ges über die verwandtschaftl Beziehungen v Serbien; *Spanien* Art 175 Abs 3 Cc). Die *Niederlande* untersagen nur die Großelternadoption (Art 228 Abs 1 b BW), *Rumänien* nur die Geschwisteradoption (Art 67 Abs 2 FGB). Für die Länder der ehemaligen *DDR* hatte § 46 Abs 2 FGB als Adoptionsalternative ausdrücklich die Übertragung des „Erziehungsrechts“ auf die Großeltern oder einen Großelternanteil vorgesehen.

Auch ohne ausdrückliches gesetzl Verbot sollten **Enkel oder Geschwister** nicht als **22** Kind angenommen werden (zur Großelternadoption vgl insbes OLG Hamm FamRZ 1968, 110; OLG Celle ZBJugR 1967, 257 = NdsRpfl 1966, 149; AG Hannover FamRZ 1966, 45 = DAVorm 1966, 70; DIV-Gutachten ZBJugR 1983, 420; HILLENKAMP ZBJugR 1953, 14). Die Bedenken gegen eine Verwandtenadoption werden allerdings geringer, je weiter sich die Verwandtschaft zwischen Kind und Annehmendem entfernt. Trotzdem wäre es verfehlt, etwa eine **Adoption durch Onkel oder Tante** a priori als *besonders* wünschenswert anzusehen (**aA** PALANDT-DIEDERICHSEN § 1756 Anm 1: Verwandtenadoptionen bedürfen „rechtspolitisch der Förderung“).

2. Eltern-Kind-Verhältnis

23

Schon bei Inkrafttreten des BGB war unstreitig, daß das Ziel der Adoption darin besteht, nur rechtl, sondern auch tatsächlich ein Eltern-Kind-Verhältnis herzustellen. Ausdrücklich wurde eine entsprechende Bestimmung jedoch erst durch das Ges gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt v 23. 11. 1933 (RGBl I 979) in das BGB (§ 1754 Abs 2 Nr 2 aF) eingefügt (Näheres Vorauf § 1754 Rz 4 ff). § 1741 Abs 1 verlangt heute die **Überzeugung** des Gerichts davon, daß ein Eltern-Kind-Verhältnis hergestellt wird, während nach § 1754 Abs 2 Nr 2 aF die Bestätigung nur versagt werden durfte, wenn „**begründete Zweifel**“ daran bestanden, daß durch die Annahme ein dem Eltern-Kind-Verhältnis entsprechendes Familienband hergestellt werden sollte. Zu den sich daraus ergebenden – geringen – Unterschieden vgl oben Rz 7 u § 1767 Rz 2. Diese Unterschiede ändern jedoch nichts daran, daß zur Klärung der Frage,

was unter einem Eltern-Kind-Verhältnis zu verstehen ist, auch Rspr u Lit aus der Zeit vor Inkrafttreten des AdoptG 1976 herangezogen werden können (vgl dazu Voraufl § 1754 Rz 33 ff).

- 24** Der **Begriff** des Eltern-Kind-Verhältnisses hat die Rspr seit jeher in besonderem Maße bei der Volljährigenadoption beschäftigt, für die § 1741 Abs 1 wegen der Verweisung in § 1767 Abs 2 ebenfalls maßgebend ist. Ausf dazu bei § 1767 Rz 14 ff. Bei der Minderjährigenadoption hat die selbständige Adoptionsvoraussetzung der Erwartung, daß zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht, nie eine besondere Rolle gespielt. Das liegt zum einen daran, daß eine Adoption, die diesen Voraussetzungen nicht genügt, auch nicht dem Wohl des Kindes dienen würde. Zum andern schließt die Adoptionspflege (§ 1744) bei Minderjährigen praktisch aus, daß diese als Kind angenommen werden, obwohl noch Zweifel bestehen, ob ein Eltern-Kind-Verhältnis entstehen wird.
- 25** Bei der Frage, ob in concreto ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits besteht oder zu erwarten ist, daß es entstehen wird, ist allein **darauf abzuheben, ob der Annehmende die Elternrolle übernimmt**, also Aufgaben wahrnimmt, die normalerweise den natürlichen Eltern eines Kindes obliegen. Ist der Altersabstand zwischen Annehmendem und Kind sehr gering oder bedenklich groß (vgl insoweit zur Volljährigenadoption § 1767 Rz 16), dann entscheidet das Wohl des Kindes, ob dem Annahmeartrag stattzugeben ist oder nicht.
- 26** Schwierigkeiten haben in der Praxis gelegentlich Fälle bereitet, bei denen bereits bestehende natürliche Verwandtschaft durch künstliche ersetzt werden sollte. So wurde mehrmals die Adoption eines Kindes durch seine **Großeltern** abgelehnt, weil wegen des fortbestehenden Kontaktes zwischen Kind und Mutter Zweifel an der Entstehung eines echten Eltern-Kind-Verhältnisses bestünden (OLG Hamm FamRZ 1968, 110; OLG Celle ZBlJugR 1967, 257 = NdsRpfl 1966, 149; AG Hannover FamRZ 1966, 45 = DAVorm 1966, 70). Wenn die Großeltern indessen das Kind tatsächlich betreuen und damit faktisch die Elternrolle übernehmen, sollte man die Adoption nicht deshalb scheitern lassen, weil es an einem Eltern-Kind-Verhältnis fehlt, sondern weil eine solche Adoption nicht dem Wohl des Kindes dient (dazu oben Rz 22). Entsprechendes kann bei der geplanten Annahme eines Kindes durch seinen **Onkel** gelten (OLG Bremen Rpfler 1973, 430 = DAVorm 1974, 472). Daß auch für die **Annahme eines nichtehel Kindes durch seinen Vater oder seine Mutter** § 1741 Abs 1 uneingeschränkt gilt, versteht sich von selbst (BayObLG FamRZ 1983, 532 = ZBlJugR 1983, 431). Eine **gemeinsame Adoption von Mutter und Tochter** mit der Folge, daß zu beiden ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht, ist abzulehnen, weil sie dem Wohl des Kindes widerspricht. Auf die begründeten Zweifel, ob zu Mutter *und* Tochter tatsächlich ein Eltern-Kind-Verhältnis hergestellt werden soll und kann, kommt es nicht entscheidend an (vgl aber OLG Frankfurt FamRZ 1982, 848).

IV. Der Personenkreis der Annehmenden

27 1. Allgemeines

Wer ein Kind annehmen kann, ist in Abs 2 u 3 geregelt. Der **Gesetzesaufbau** orientiert sich am Status der Annehmenden: Abs 2 bestimmt, wann Ehegatten gemeinsam oder einzeln adoptieren können; Abs 3 befaßt sich mit der Einzeladoption durch einen Nichtverheirateten. Aus der Tatsache, daß an den Beginn der Regelung die gemeinschaftliche Annahme eines Kindes durch ein Ehepaar gestellt ist, wird deutlich, daß die gemeinschaftliche Annahme eines Kindes durch ein

Ehepaar den angestrebten Regelfall und die Annahme durch einen Nichtverheirateten die Ausnahme bilden soll (BT-Drucks 7/5087, 9).

2. Annahme durch Verheiratete

a) Gemeinsame Annahme durch ein Ehepaar

28

Die gemeinsame Annahme durch ein Ehepaar war seit jeher der Regelfall der Adoption (Näheres Vorauf § 1749 Rz 1 ff). Daß eine gemeinschaftliche Annahme nur durch Ehegatten möglich ist, hatte § 1749 Abs 1 aF sprachlich klarer zum Ausdruck gebracht, als es heute in § 1741 Abs 2 S 1 iVm Abs 3 S 1 der Fall ist. Auch das geltende Recht läßt indessen keine Zweifel daran aufkommen, daß nur **Eheleute** gemeinschaftlich ein Kind adoptieren können. Selbstverständlich ist eine solche Regelung heute nicht mehr. Es gibt bereits eine Reihe von Rechtsordnungen, die eine gemeinsame Annahme durch **Partner einer nichtehel Lebensgemeinschaft** erlauben. Für *Spanien* sieht zB die 3. Zusatzbestimmung des Ges 21/1987 v 11. 11. 1987 vor, daß „die Bezugnahme des Gesetzes auf die Fähigkeit der Ehegatten, gemeinsam einen Minderjährigen zu adoptieren, auch auf den Mann und die Frau anwendbar sind, welche ein Paar bilden, das dauerhaft und effektiv entsprechend einem Ehepaar miteinander verbunden ist“. Aus Abs 2 S 1 iVm Abs 3 S 1 folgt auch, daß eine gemeinsame **Annahme durch Geschwister** ausgeschlossen ist (LG Bad Kreuznach StAZ 1985, 167). Sollte entgegen der gesetzl Regelung dennoch eine gemeinschaftliche Annahme durch Nichtverheiratete erfolgen, so wäre diese nichtig (Näheres § 1759 Rz 6).

b) Annahme durch einen Ehegatten allein

29

Entgegen dem Rechtszustand vor 1976 (s oben Rz 8) ist die Annahme durch einen Ehegatten allein heute **auf wenige Sonderfälle beschränkt**. Ist nur ein Ehegatte bereit, Elternpflichten zu übernehmen, soll die Adoption grds besser unterbleiben (BT-Drucks 7/3061, 28).

Die Sonderfälle, in denen eine Einzeladoption durch einen Ehegatten möglich ist, **30** sind in Abs 2 S 2 u 3 abschließend genannt. Zur **Adoption des eigenen nichtehel Kindes** durch seinen mit einem anderen Partner verheirateten Vater oder seine ebenfalls mit einem anderen Partner verheiratete Mutter vgl unten Rz 45. Zur Adoption eines Kindes des Ehegatten (**Stiefkindadoption**) vgl unten Rz 33.

Der dritte Sonderfall des **Abs 2 S 3 ist problematisch**. Kann einer der beiden **31** Ehegatten das Kind nicht annehmen, weil er **geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt** ist (§ 1743 Abs 4), so dürfte die Annahme durch den anderen Ehegatten allein nur selten dem Wohl des Kindes dienen (so auch BT-Drucks 7/3061, 30). Mit Inkrafttreten des Betreuungsg v 12.9.1990 (BGBl I 2002) am 1.1.1992 gibt es im übrigen wegen der Abschaffung der Entmündigung keinen beschränkt geschäftsfähigen Volljährigen mehr. Abs 2 S 3 hätte deshalb geändert und allein auf den geschäftsunfähigen Ehegatten bezogen werden müssen, was der Gesetzgeber indessen übersehen hat. Auf den wegen Minderjährigkeit beschränkt geschäftsfähigen Ehepartner kann sich jedenfalls Abs 2 S 3 nicht beziehen, weil nach § 1743 Abs 1 auch der jüngere der beiden Ehegatten mind das 21. Lebensjahr vollendet haben muß. Ob es sinnvoll ist, eine gesetzl Regelung für den seltenen und problematischen Fall aufrechtzuerhalten, daß ein Ehegatte geschäftsunfähig ist, kann bezweifelt werden.

Für andere Sonderfälle hat der Gesetzgeber eine Ausnahme nicht zugelassen, so **32** insbes nicht für den Fall, daß der allein adoptierende Ehegatte von seinem Partner

auf Dauer getrennt lebt, wobei der nicht adoptierende Ehegatte durchaus durch das Einwilligungserfordernis nach § 1749 geschützt gewesen wäre (anders insoweit das *schweizerische* Recht, Art 264 b Abs 2 ZGB, bei mehr als dreijährigem gerichtlich Getrenntleben oder falls der Ehegatte seit mehr als 2 Jahren unbekannten Aufenthalts ist). Die nach Inkrafttreten des AdoptG 1976 diskutierte Frage, ob Abs 2 S 3 entsprechend anzuwenden ist, wenn der ausländische Ehegatte zwar mitadoptieren will, es aber nach seinem Heimatrecht nicht kann (KG OLGZ 1981, 37 = Rpfleger 1980, 281), ist durch das **IPRG v 1986** gegenstandslos geworden: Nach Art 22 S 2 EGBGB bestimmt sich die Annahme als Kind nach dem Ehewirkungsstatut und damit nach einer einheitlichen für beide Ehegatten maßgebenden Rechtsordnung.

c) Sonderfall der Stiefkindadoption

33 aa) Problematik der Stiefkindadoption

Bedingt durch die hohen Scheidungszahlen sind heute etwa die Hälfte aller Adoptionen Stiefkindadoptionen (Statistik Vorbem 23 zu §§ 1741 ff). Da es bei der Stiefkindadoption darum geht, eine de facto bereits existierende familiäre Beziehung in eine Form zu kleiden, die dem Wunschbild der Beteiligten am meisten entspricht, wird dieser Typ von Adoption oft als besonders wünschenswert und vorteilhaft für das Kind angesehen. Im BGB kommt das ua darin zum Ausdruck, daß die Annahme eines Stiefkindes bereits mit Vollendung des 21. (und nicht erst des 25.) Lebensjahres möglich ist (§ 1743 Abs 3). **Stiefkindadoptionen sind indessen erheblich problematischer, als das gemeinhin angenommen wird** (ausf dazu FRANK 21–110). Zentrales Anliegen der Beteiligten ist oft der **Wunsch**, und zwar nicht einmal so sehr des Stiefelternteils als vor allem des mit diesem verheirateten leiblichen Elternteils, mit Hilfe der Adoption **den außerhalb der Stieffehe lebenden leiblichen Elternteil** (im allg den Vater) ein für allemal „aus dem Felde zu schlagen“ (besonders eindrucksvoll LG Bonn NJW 1990, 128 = FamRZ 1990, 201 = JuS 1990, 325; LG Hamburg DAVorm 1982, 693 jeweils zur Adoption nichtehelicher Kinder durch den Stiefvater; zur Adoption ehelicher Stiefkinder vgl die RsprNachw unter § 1748 Rz 45). Da der außerhalb der Stieffehe lebende Vater des ehelichen Kindes oft sein Interesse am Kind nur dadurch bekunden kann, daß er pünktlich Unterhalt bezahlt und sein Umgangsrecht wahrnimmt, ist eine Ersetzung der von ihm verweigerten Einwilligung in die Adoption in aller Regel problematisch (Näheres § 1748 Rz 45). Außerdem ändert sich durch die Adoption nichts an der Tatsache, daß sein Kind weiterhin in der Stieffamilie aufwächst. Bei der Adoption eines nichtehelichen Kindes läßt das Ges es sogar an jedem Schutz des leiblichen Vaters fehlen: Ein Einwilligungsrecht nach § 1747 steht ihm nicht zu. Da § 1711 dem nichtehelichen Vater kein Umgangsrecht gewährt, erschöpft sich die Vater-Kind-Beziehung oft in der bloßen Unterhaltsleistung (Näheres § 1748 Rz 47). Nach welchen Kriterien soll hier entschieden werden, ob ein Vätertausch notwendig ist? Oder genügt bloße Zweckmäßigkeit im Interesse des Kindes?

34 In der **Literatur zur Stiefkindproblematik*** besteht Einmütigkeit darüber, daß die Beziehung der Kinder zu beiden Elternteilen für das Funktionieren der Stieffamilie

* FRIEDL, Stieffamilien (1988); FRIEDL-MAIER-AICHEN, Leben in Stieffamilien. Erfahrungen von Eltern und Kindern mit neuen Familienbeziehungen (1987); FRITSCH-SANDERS, Hau ab, du bist nicht meine Mutter (1987); GEISLER-BERGMANN, Unsere neue Familie. Dilemma und Chance der Stieffamilie (1989); GIESECKE, Die Zweitfamilie. Leben mit Stiefkindern und Stiefvätern (1987); KRÄHENBÜHL ua, Stieffamilien, Struktur-Entwicklung-Therapie (1986); MOINET, Meine Kinder, deine Kinder, unsere Kinder (1987); PERKINS-KAHAN, Ein empirischer Vergleich der Familiensysteme mit leiblichen Vätern und Stiefvätern, Familiendynamik 7 (1982) 354 ff; SCHEIB, Der zweite Anlauf zum Glück, Risiko und Chance der Stieffamilie (1987); VISHNER Emily B.-VISHNER, John S., Stiefeltern, Stiefkinder und ihre Familien (1987).

unabdingbar ist: „Die Bestrebungen der sorgeberechtigten Eltern gehen oft dahin, den außenstehenden Elternteil möglichst ganz hinauszudrängen aus dem Verbund Eltern-Kinder. Es ist aber nur scheinbar paradox, daß gerade die Stieffamilien ‚funktionieren‘, die zum außenstehenden Elternteil möglichst intensiven und guten Kontakt halten.“ (SCHEIB 14). Ein Radikalschnitt, wie ihn die Adoption darstellt, gleicht zwar rechtlich eine Stieffamilie der „Normalfamilie“ an, löst aber tatsächlich deren spezifische Probleme nicht. Andere Rechtsordnungen stehen deshalb der Stiefkindadoption zT erheblich skeptischer gegenüber: In den *Niederlanden*, wo die Stiefkindadoption bis 1979 sogar gänzlich verboten war, gibt heute Art 228 Abs 2 BW dem geschiedenen nichtsorgeberechtigten Elternteil im Falle einer angestrebten Stiefkindadoption ein zeitlich unbeschränktes absolutes Vetorecht, über das der Richter auch nicht ausnahmsweise im Interesse des Kindes hinweggehen darf, wie das in anderen Adoptionsfällen nach Art 228 Abs 1 d BW möglich ist (Näheres JANSEN *Ars Aequi* 1980, 97, 100).

Stiefkindadoptionen sind oftmals auch aus einem anderen Grund gefährlich: Wer **35** sein Stiefkind adoptiert, übernimmt **lebenslange elterliche Verantwortung ohne Rücksicht auf den Bestand der Stieffehle**. Der Stiefelternteil bleibt also insbes auch nach dem Scheitern der Stieffehle zum Unterhalt verpflichtet, und auch am gesetzl Pflichtteilsanspruch der Stiefkinder ändert eine eventuelle Scheidung nichts. Obwohl diese Rechtsfolge dem Annehmenden von vornherein bekannt ist, dürfte sie doch nur selten von ihm ernstlich gewollt sein. Das beweisen schon die zahlreichen Entscheidungen, in denen Stiefväter oder Stiefmütter versuchen, eine Adoption nach der Ehescheidung wieder rückgängig zu machen (BGH NJW 1971, 428 = MDR 1971, 201 = FamRZ 1971, 89; BayObLGZ 1979, 386 = MDR 1980, 314 = FamRZ 1980, 498; BayObLGZ 1968, 142 = NJW 1968, 1528 = FamRZ 1968, 485; OLG Hamm NJW 1965, 2307 = DAVorm 1966, 6 betr wissentlich falsche Vaterschaftsanerkennung; OLG Karlsruhe FamRZ 1960, 292; AG Böblingen DAVorm 1976, 650). Stiefkinder werden eben, das hat vor allem Iris GOODACRE (*Adoption Policy and Practice* [London 1966] 142 ff) nachgewiesen, **dem Ehepartner, in der Regel der Mutter, zuliebe** adoptiert. Oftmals wird die Adoption des Kindes sogar zur Bedingung der Eheschließung gemacht. Eine eventuelle Scheidung, die erst den eigentlichen Selbstwert der Adoption gegenüber dem bloßen Stiefkindverhältnis hervorkehrt, wird nicht bedacht, oder es wird aus Takt nicht darüber gesprochen.

Die oftmals fragwürdige, zur Annahme von Stiefkindern führende Motivation der **36** Beteiligten legt eine weitere Überlegung nahe: **Stiefkindverhältnisse zählen zu den schwierigsten pädagogischen Situationen** (LitAngaben oben Rz 34). Psychologische Studien von HÖNIG (Z f Kinderforschung 1929, 187), KÜHN (Psychologische Untersuchungen über das Stiefmutterproblem, Beiheft 45 zur Z f angewandte Psychologie 1929), RÜHLE-GERSTEL (Das Stiefkind [1927]) und STERN (Z f Kinderforschung 1928, 144) haben schon in den Dreißigerjahren klargemacht, daß nicht nur der Stiefelternteil, sondern häufig auch der leibliche Elternteil sowie das Kind selbst in der neuen Familiengemeinschaft „situativ überfordert“ sind (so ECKSTEIN, Pädagogische Situationen im Lichte der Erziehungsberatung [1962]). Da die Stieffamilie von ihrem Ursprung her eine Zwangsgemeinschaft darstellt, wird das Eltern-Kind-Verhältnis trotz (teils sogar gerade wegen) des Bestrebens aller Beteiligten, „es ja recht zu machen“, oft außerordentlich kompliziert, eine Situation, die sich in gehemmter Unsicherheit, übergroßer Zärtlichkeit, distanzierter Zurückhaltung oder tyrannischem Verhalten der Familienmitglieder ausdrückt. Vor allem der leibliche Elternteil wird nicht selten das Verhalten des Stiefelternteils gegenüber dem Kind mit besonderem Mißtrauen verfolgen und so ungewollt zur Verschärfung potentieller Spannungen beitragen. Schließlich wird auch das Stiefkind selbst, soweit es den durch den Stiefelternteil verdrängten leiblichen Elternteil bereits bewußt erfahren

hat, nur sehr zögernd bereit sein, Stiefvater oder Stiefmutter als einen „Zusatzmenschen“ und nicht als einen „Ersatzmenschen“ zu begreifen (RÜHLE 12). Stiefkindverhältnisse sollten deshalb nicht ohne Not durch Adoptionen überlagert und rechtlich „zementiert“ werden. – Zur **Rückadoption** des eigenen ehel Kindes nach dem Scheitern der Stiehe und Wiederheirat der leibl Eltern vgl AG Kerpen FamRZ 1989, 431. Die Empfehlungen der Arbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter und überörtlichen Erziehungsbehörden zur Adoptionsvermittlung weisen deshalb auch erstmals in der 2. Aufl 1988 unter 3.339 auf die besonderen Gefahren einer Stiefkindadoption hin (vgl auch BARTH ZfJ 1985, 347, 356).

37 Dennoch würde ein gänzlich Verbot der Stiefkindadoption der Vielfalt denkbarer Lebensverhältnisse nicht gerecht. Eine vernünftige **gesetzl Regelung des Stiefkindverhältnisses**, die im deutschen Recht fehlt, würde jedoch die Stiefkindadoption weitgehend überflüssig machen (ausf FRANK 21–110; CONRADI FamRZ 1980, 103). **Namensrechtl Interessen** nichtehel Stiefkinder werden schon de lege lata über § 1618 (Einbenennung) geschützt. Ehel Stiefkindern kann durch das öffentlichrechtl Namensänderungsverfahren (§ 3 NÄG) auch ohne Adoption zur Namensgleichheit mit Stiefvater und leibl Mutter verholten werden. Die Praxis orientiert sich hier erfreulicherweise in zunehmendem Maße ausschließlich am Wohl des Kindes (vgl zB BVerwGE 37, 301 = MDR 1971, 514 = StAZ 1971, 313; BVerwGE 67, 52 = NJW 1983, 1866; BVerwG MDR 1984, 694 = StAZ 1984, 132; BVerwG NJW 1988, 85 = FamRZ 1987, 807 = StAZ 1987, 251 betr Pflegekind; OVG Hamburg FamRZ 1983, 740; OVG Lüneburg StAZ 1987, 77 [Vorinstanz zu BVerwG NJW 1988, 85]; VGH Baden Württemberg FamRZ 1987, 1185; wNachw bei ENSTE, Die Namensänderung nach § 3 Abs 1 NÄG unter bes Berücksichtigung der sog Stiefkindfälle [Diss Münster 1983]; zu Reformbestrebungen vgl COESTER StAZ 1990, 287). Problematisch bleibt, daß das geltende Recht im Gegensatz zu zahlreichen Auslandsrechten keine **gesetzl Unterhaltspflicht des Stiefelternteils** gegenüber den in seinen Haushalt aufgenommenen Kindern kennt (FRANK 29–42; auch § 1745 Rz 18). Zu einem Unterhaltsabfindungsvertrag zwischen leibl Vater und Kind im Zusammenhang mit einer Adoption durch den Stiefvater vgl OLG Hamm FamRZ 1979, 1079. Auch ist dem BGB – wieder im Gegensatz zu vielen ausländischen Rechtsordnungen – die Möglichkeit fremd, den Stiefelternteil auch ohne Adoption am **Sorgerecht** des leibl Elternteils teilhaben zu lassen (FRANK 42–49). Zu weiteren Unzulänglichkeiten des geltenden Stiefkindrechts vgl FRANK 50–72.

38 Als Vorbild könnte dem deutschen das **englische Recht** dienen, das, einer Empfehlung der Association of Child Care Officers (Adoption – The Way Ahead [London 1969]) und einer vom Innenministerium eingesetzten Kommission (Departmental Committee on the Adoption of Children, London HMSO 1970) folgend, im Children Act 1975 Alternativen zur Adoption entwickelt, insbes die Möglichkeit eines gemeinsamen Sorgerechts von Stiefelternteil und leibl Elternteil vorgezogen hat (Näheres bei FREEMAN, Law and Practice of Custodianship [London 1986] 17; BEVAN-PARRY, Children Act 1975 [London 1978] 55 ff). Folge dieser Regelung war, daß die Zahl der Adoptionen von 21 299 iJ 1975 (Adoption and Fostering [AF] 1976 Heft 3 S 44) auf 17 621 iJ 1976 (AF 1977 Heft 2 S 62, 63) und 12 748 iJ 1977 (AF 1978 Heft 2 S 56, 57) zurückging. Nach weiterem stetigem Absinken der Gesamtzahl der Adoptionen (1989: 6142 [Judicial Statistics 1989, 61]) ist heute die absolute Zahl der Stiefkindadoptionen in England trotz hoher Scheidungsraten vergleichsweise niedrig.

bb) Gemeinsame Annahme oder Annahme nur durch den Stiefelternteil **39**

Nimmt ein Ehegatte nach Abs 2 S 2 ein ehel oder nichtehel Kind seines Ehegatten allein an, so erlangt dieses die Rechtsstellung eines gemeinschaftlichen ehel Kindes der Ehegatten (§ 1754 Abs 1).

Die **gemeinsame Adoption** eines ehel Kindes durch den Stiefelternteil und den leibl **40** Elternteil wäre unzulässig, da das Kind gegenüber dem leibl Elternteil bereits die Stellung eines ehel Kindes besitzt und niemand sein eigenes ehel Kind adoptieren kann (OLG Hamm OLGZ 1978, 403 = MDR 1978, 934 = FamRZ 1978, 735). Zu den Wirkungen einer dennoch erfolgten gemeinsamen Adoption vgl § 1754 Rz 7 Gleiches gilt, wenn ein Kind von einem Ehepaar adoptiert worden war, die Ehe durch Scheidung endete und das Kind nunmehr vom neuen Ehepartner eines der Annehmenden adoptiert werden soll. Hier muß allerdings wegen § 1742 zuerst das Annahmeverhältnis zu dem außerhalb der Stiehehe lebenden Adoptivelternteil aufgehoben werden (§ 1742 Rz 9). War das Kind für ehel erklärt worden, so ist wegen § 1736 ebenfalls nur eine Adoption durch den Stiefelternteil allein möglich. Zur insoweit unveränderten Rechtslage vor der Reform v 1976 vgl VoraufI § 1757 Rz 22 ff.

Adoptiert ein Ehegatte das nichtehel Kind des anderen, so wird das Kind ebenfalls **41** gemeinschaftliches ehel Kind (Näheres dazu § 1754 Rz 8). Soweit es sich um das nichtehel Kind der Ehefrau handelt, entspricht diese Regelung dem Rechtszustand vor 1976 (vgl VoraufI § 1757 Rz 24). Handelt es sich um das nichtehel Kind des Mannes, so genügte bis zum Inkrafttreten des NEhelG v 1969 die Adoption durch die Ehefrau allein nicht, um das Kind gemeinschaftliches Kind der Eheleute werden zu lassen, weil nach § 1589 Abs 2 aF das nichtehel Kind und sein Vater als nicht verwandt galten (vgl ENGLER 51 f Fn 1). Die heutige Regelung befriedigt systematisch nicht, weil das geltende Recht einen Erwerb des Sorgerechts durch den Vater grds nur kennt, wenn dieser sein Kind entweder adoptiert oder für ehel erklären läßt. Daß das Sorgerecht als bloße Folge einer Adoption durch den Ehepartner erlangt werden kann, überzeugt nicht (Näheres § 1754 Rz 8). Die hier angesprochene Fallkonstellation kann ua bei der sog Kaufmutterchaft praktisch werden, wenn nämlich eine Frau ein künstlich mit dem Samen des Ehemannes gezeugtes Kind austrägt, der Samenspender die Vaterschaft anerkennt (§ 1600 a) und seine Ehefrau das Kind adoptiert (vgl KÜHL-MEYER ZBlJugR 1982, 763, 764).

Da § 1741 Abs 3 S 2 die Adoption des eigenen nichtehel Kindes erlaubt, kann ein **42** **nichtehel Kind auch von seinem leibl Elternteil und dessen Ehegatten gemeinsam adoptiert** werden. Die Rechtswirkungen sind dieselben, gleich, ob der Stiefelternteil das Kind allein oder zusammen mit seinem Ehegatten annimmt (§ 1754 Abs 1). Selbst Geburtsurkunde und Abstammungsurkunde ergeben in beiden Fällen das gleiche Bild (ERMAN-HOLZHAUER Rz 19). Die Praxis scheint die Einzeladoption durch den Stiefelternteil zu bevorzugen (LG Berlin FamRZ 1978, 148; LG Hamburg DAVorm 1982, 693).

3. Annahme durch eine nichtverheiratete Person

a) Annahme eines fremden Kindes **43**

Die Annahme durch eine unverheiratete Einzelperson ist, wie schon nach altem Recht, möglich. Auch international wird die Einzeladoption allg nicht verboten. Eine Ausnahme macht insoweit nur das *niederländische* Recht (Art 227 Abs 1 BW). Problematisch ist die Einzeladoption insoweit, als das Kind entgegen der natürlichen Ordnung nur mit einem Familienstamm rechtl verbunden wird. Einigkeit

besteht darüber, daß wegen des Kindeswohls die Annahme durch eine nicht verheiratete Einzelperson **auf Ausnahmefälle beschränkt** bleiben muß (BT-Drucks 7/3061, 30; BINSCHUS ZfF 1976, 193, 194; ENGLER 66; OBERLOSKAMP 111 f). In den Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung idF v 1988 wird (unter 3.336) die Annahme durch Alleinstehende vor allem in folgenden Fällen für möglich gehalten:

„Bei bereits längerwährender, für das Kind bedeutsamer Beziehung, die einem Eltern-Kind Verhältnis entspricht, – Aufnahme eines verwandten Kindes, – Aufnahme eines Kindes, dessen Geschwister im Verwandten- oder Freundeskreis oder in der Nachbarschaft des Bewerbers leben, – Aufnahme eines Kindes, das von den leibl Eltern nur zur Adoption durch diesen Alleinstehenden freigegeben wird, soweit dies keinen Rechtsmißbrauch darstellt, – Kinder, für die aufgrund persönlicher Vorerfahrungen die Vermittlung in eine Vollfamilie nicht förderlich ist.“

Aus der **Praxis** vgl LG Köln FamRZ 1985, 108 mAnm SCHÖN, wo ein krankes Kind 4 Jahre lang von einer ledigen Frau liebevoll gepflegt und versorgt worden war und dann mit Einwilligung der Mutter (Vater unbekannt) adoptiert werden sollte; ferner AG Arnsberg FamRZ 1987, 1194, wo es um die Annahme eines Kindes durch einen katholischen Geistlichen ging, weil die erste Adoption aufgehoben werden sollte, nachdem der Junge seine Adoptivmutter getötet hatte.

- 44** Lebt der Annehmende mit einem Partner in **nichtehel Lebensgemeinschaft**, so kommt eine gemeinsame Adoption nicht in Betracht. Eine Einzeladoption ist zwar nicht a limine ausgeschlossen, dürfte aber idR nicht dem Kindeswohl entsprechen (**aa** MünchKomm-LÜDERITZ Rz 35). Wenn der Gesetzgeber die Einzeladoption durch einen Ehegatten grds nicht gestattet, läßt sich eine Einzeladoption durch einen Annehmenden, der in einem eheähnlichen Verhältnis lebt, nur schwer rechtfertigen.

b) Annahme des eigenen nichtehel Kindes

45 aa) Allgemeines

Zur Vorgeschichte v Abs 3 S 2 s oben Rz 9. Das Ges erlaubt die Adoption des eigenen nichtehel Kindes sowohl, wenn der Annehmende ledig (Abs 3 S 2), als auch dann, wenn er verheiratet ist (Abs 2 S 2). Ist er verheiratet, so bedarf er zur Annahme der Zustimmung seines Ehegatten (§ 1749). **Die gesetzl Regelung über- rascht**. Ehel Kinder können nach der Scheidung ihrer Eltern nicht von einem der Elternteile adoptiert werden (OLG Hamm OLGZ 1978, 403 = MDR 1978, 934 = FamRZ 1978, 735; OLG Düsseldorf JMBI NRW 1958, 58; LG Berlin ZBIJugR 1965, 174; VoraufL § 1741 Rz 6–9). Nachdem es das Ziel des NEhelG v 1969 gewesen war, dem verfassungsrechtl Gebot der **Gleichbehandlung ehel und nicht-ehel Kinder** (Art 6 Abs 5 GG) in vollem Umfange Rechnung zu tragen, will die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer gesetzl Regelung, die es dem Vater bzw der Mutter weiterhin erlaubt, das eigene nichtehel Kind anzunehmen, nicht überzeugen (krit FRANK 112–125; GERNHUBER § 62 III 6; NEUHAUS, Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht [1979] 243; FINGER ZfJ 1987, 317 ff u 448 ff; ERMAN-HOLZHAUER Rz 26–29; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 39–41, 45; STAUDINGER-GÖPPINGER Vorbem 49 ff zu §§ 1705 ff). Das FGB der ehemaligen DDR v 1965 hatte deshalb mit guten Gründen die Adoption des eigenen nichtehel Kindes durch seine Mutter abgeschafft. Die Adoption durch den Vater blieb zwar möglich (FGB-Komm, hrsg v Ministerium der Justiz [5. Aufl 1982], § 67 Rz 3), jedoch wurde allg einer bloßen Übertragung des Erziehungsrechts auf den Vater nach § 46 Abs 2 FGB der Vorzug gegeben. Das **EuAdoptÜbEink** sieht zwar in Art 12 Abs 3 vor, daß eine Rechtsordnung einer Person nicht untersagen darf, ihr nichtehel Kind anzunehmen, wenn die Adoption die Rechtsstellung des Kindes verbessert. Art 12 Abs 3 ist

indessen eine Notlösung, die von der Prämisse ausgeht, daß es immer noch Rechtsordnungen gibt, in denen die Gleichstellung ehel und nichtehel Kinder nicht (voll) verwirklicht ist.

bb) Annahme durch die Mutter

46

Zur Rechtfertigung der Annahme des eigenen nichtehel Kindes durch seine Mutter wurden im Entw eines Ges über die rechtl Stellung der unehel Kinder v 1967 (BT-Drucks 5/2370, 79) **drei Gründe** genannt: (1) Die Mutter könne mit Hilfe einer Adoption endgültig die **Amtspflegschaft** nach § 1706 „abschütteln“. Zwar ermögliche § 1707 S 1 Nr 2 die Aufhebung der Amtspflegschaft auf Antrag der Mutter. Die Amtspflegschaft könne aber wieder angeordnet werden (§ 1707 S 3), was durch eine Adoption ausgeschlossen werde. Dieser ohnehin marginale Unterschied spricht eher gegen als für eine Adoption: Wenn der Gesetzgeber die Wiederanordnung der Amtspflegschaft für angemessen hält, „wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist“ (§ 1707 S 3), dann sollte die Möglichkeit, das eigene nichtehel Kind zu adoptieren, nicht ausgerechnet mit der Begründung verteidigt werden, auf diese Weise könne die Mutter der Wiederanordnung der Amtspflegschaft aus dem Wege gehen. (2) Mit Hilfe der Adoption könne die **außerehel Niederkunft verborgen** werden. Die Vorbehalte gegenüber der Nichtehelichkeit sind inzwischen weitgehend verschwunden; außerdem kann ein modernes Adoptionsrecht schwerlich dazu dienen, nicht nur Nachbarn und Bekannte, sondern unvermeidbar auch das Kind selbst über seine Abstammung zu täuschen. (3) Die Adoption des Kindes sei die einzige Möglichkeit, **den persönlichen Umgang des Vaters mit dem Kind** (§ 1711) endgültig zu **unterbinden**. Hier liegt heute die eigentliche Bedeutung der Annahme des nichtehel Kindes durch seine Mutter (OLG Hamm FamRZ 1982, 154 = DAVorm 1981, 879 = ZBlJugR 1982, 109; LG Mannheim MDR 1973, 227 = DAVorm 1972, 291). Der Vater soll aus dem Leben des Kindes getilgt werden. Ist die Mutter verheiratet, so wird oft der Ehemann versuchen, das Kind allein oder zusammen mit seiner Frau (s oben Rz 42) zu adoptieren, weil ein solches Vorgehen mehr Erfolg verspricht, da nicht nur der leibl Vater verdrängt, sondern ein neuer Vater hinzugewonnen wird (vgl insbes LG Bonn NJW 1990, 128 = FamRZ 1990, 201 = JuS 1990, 325; OLG Oldenburg DAVorm 1975, 308). Der Vater ist einem Annahmeantrag durch die Mutter allein oder zusammen mit ihrem Ehemann nahezu schutzlos ausgesetzt; denn ein Einwilligungsgerecht steht ihm nicht zu (zur verfassungsrechtl Problematik § 1747 Rz 13), und auch die Sperrwirkung des § 1747 Abs 2 S 2 läuft leer (vgl § 1747 Rz 49). Ob es zur Adoption des Kindes kommt, entscheidet sich allein danach, wie das mit dem Antrag befaßte VormG das Wohl des Kindes (§ 1741 Abs 1) beurteilt. **Eine Adoption des nichtehel Kindes durch seine Mutter sollte ausnahmslos unterbleiben**, auch dann, wenn der Vater mit der Annahme einverstanden ist (ausf FRANK 113 ff mNachw; ENGLER FamRZ 1975, 325 u FamRZ 1976, 17; wNachw oben Rz 45). Das gebietet der Grundsatz der Gleichbehandlung ehel und nichtehel Kinder. Muß das Kind vor seinem Vater geschützt werden, dann gibt es – wie bei ehel Kindern auch – genügend andere Schutzmechanismen. Die Adoption ist kein Mittel der Ausgrenzung, wenn nicht gleichzeitig eine Neuuzuordnung erfolgt. Es kann deshalb im Einzelfall durchaus eine entscheidende Rolle spielen, ob die verheiratete Mutter das Kind allein oder zusammen mit ihrem Ehemann adoptieren möchte.

cc) Annahme durch den Vater

47

Während ein Bedürfnis für die Annahme des nichtehel Kindes durch seine Mutter nicht besteht, ist für den Vater auch heute noch die **Adoption** (neben der **Ehelicherklärung**, ausf dazu FRANK 116 ff) der einzige Weg, das elterl Sorgerecht zu erlangen.

Eine naheliegende bloße **Übertragung des Sorgerechts** auf den Vater insbes dann, wenn die Mutter verstorben, zur Erziehung ungeeignet oder am Kinde desinteressiert ist, kennt das deutsche Nichtehelichenrecht im Gegensatz zu fast allen ausländischen Rechtsordnungen (zB *Österreich* § 166 S 2 ABGB; *Schweiz* Art 298 Abs 2 ZGB; *Frankreich* Art 374 Cc; auch das Recht der ehemaligen *DDR* § 46 Abs 2 FGB) nicht. Daß der Vater (anders als die Mutter) das Sorgerecht nur durch Statusänderung erlangen kann, ist **verfassungsrechtl bedenklich** (Art 3 Abs 2 GG; vgl § 1747 Rz 12). Adoptiert der Vater sein nichtehel Kind, so werden die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kind einerseits und seiner Mutter und deren Familie andererseits abgebrochen (§ 1755 Abs 1). Die Mutter ist also ua dem Kind nicht mehr zu Unterhaltsleistungen verpflichtet. Die Vorstellung, daß ein nichtehel Kind bei seinem sorgeberechtigten Vater aufwächst und die Mutter durch Geldzahlungen zum Unterhalt des Kindes beiträgt, ist dem BGB fremd (FRANK 121). Das LG Lübeck (DAVorm 1985, 329 = SchlHA 1984, 146) hat deshalb, um die Rechtsbeziehungen zwischen Kind und Mutter nicht abzuschneiden, einen Annahmeantrag des nichtehel Vaters abgelehnt, mußte seine Entscheidung aber mit dem fragwürdigen Argument rechtfertigen, daß die Mutter, die Inhaberin des Sorgerechts blieb, *freiwillig* bereit sei, das Kind auf Dauer beim Vater zu belassen.

- 48 Wer die Möglichkeit der Adoption oder, genauer, den Zwang zur Adoption des eigenen nichtehel Kindes durch seinen Vater nicht für verfassungswidrig hält, muß die Zulässigkeit der Annahme grds nach den gleichen Kriterien beurteilen wie die einer Annahme durch familienfremde Dritte. Die Annahme des eigenen Kindes durch den Vater setzt also die Einwilligung der Mutter (§ 1747) oder ein Verhalten der Mutter voraus, das eine Ersetzung der verweigeren Einwilligung rechtfertigt (§ 1748). Bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 1741 Abs 1 (Wohl des Kindes und Erwartung, daß ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht) ist allerdings zu beachten, daß § 1747 Abs 2 S 2 dem Vater einen **Vorrang vor anderen Adoptionsbewerbern** zuerkennt. Es geht deshalb nicht an, den Vater auf eine Stufe mit anderen Adoptionsbewerbern zu stellen (ausf § 1747 Rz 51 f). Es muß genügen, daß der Vater einen vernünftigen Lebensplan für das Kind aufstellt, der es vertretbar erscheinen läßt, ihm das Kind zuzuordnen. Als Richtschnur für die Entscheidung des VormG sollte § 1671 dienen: Wenn unter vergleichbaren tatsächlichen Voraussetzungen dem Vater eines ehel Kindes, der zu seinem Kind oft keine engeren Bindungen hat als der Vater eines nichtehel Kindes, das Sorgerecht übertragen würde, sollte auch dem Vater eines nichtehel Kindes die Adoption (falls die Voraussetzungen der §§ 1747, 1748 vorliegen) ermöglicht werden. Problematisch sind deshalb in der Begründung, nicht im Ergebnis, die Entscheidungen BayObLGZ 1989, 70 = FamRZ 1989, 1336 = Rpfleger 1989, 368 u BayObLG FamRZ 1983, 532; vgl auch LG Göttingen ZBlJugR 1974, 78 zum alten Recht.

49 dd) „Konkubinatskinder“

Leben die Eltern eines nichtehel Kindes in einer ehähn Gemeinschaft, so erlaubt es das geltende Recht nicht, das **Sorgerecht auf beide Elternteile gemeinsam** zu übertragen. Das BVerfG hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1981 diese Regelung als mit der Verfassung vereinbar angesehen (BVerfGE 56, 363 = NJW 1981, 1201 = FamRZ 1981, 429). Soweit ersichtlich, gibt es derzeit keine europäische Rechtsordnung, die eine ähnl unverständliche Regelung wie das deutsche Recht enthält (FRANK 122 f; weitere LitHinw § 1747 Rz 11). Eine **gemeinsame Adoption** des nichtehel Kindes durch Vater und Mutter kommt nicht in Betracht, weil nur Eheleute gemeinsam ein Kind adoptieren können. Gelegentlich wurde deshalb vor der Reform des Adoptionsrechts eine **Annahme des nichtehel Kindes nur durch den Vater** angestrebt. Eine solche Annahme ordnete nach altem Recht

das Kind zwar seinem Vater zu (§ 1757 Abs 1 aF), ließ indessen die Rechtsbeziehungen zur Mutter und mütterlichen Verwandtschaft nicht vollständig erlöschen (§ 1764 aF). Die Rspr stand jedoch derartigen Adoptionen schon vor 1976 skeptisch gegenüber (OLG Celle ZBlJugR 1954, 84; OLG Celle JZ 1961, 422 = Rpfleger 1962, 412 = ZBlJugR 1961, 88; LG Mannheim NJW 1961, 881; LG Göttingen NdsRpfl 1963, 128; AG Hamburg NJW 1962, 1303). Heute kommt eine Adoption des nichtehel Kindes durch seinen Vater, der mit der Mutter in einem eheähnlichen Verhältnis lebt, kaum in Betracht, weil die Rechtsbeziehungen zwischen Kind und Mutter erlöschen würden, was von den Beteiligten gerade nicht gewünscht wird und nicht im Interesse des Kindes liegen kann. Auch eine Ehelicherklärung von Konkubinatskindern auf Antrag des Vaters (§ 1723) würde die Problematik nicht lösen, weil auch die Ehelicherklärung, mit graduellen Unterschieden zur Adoption, ein Instrument einseitiger Zuordnung ist (vgl §§ 1738 Abs 1, 1739; ausf FRANK 117 ff). Näheres zur **Ehelicherklärung von Konkubinatskindern** STAUDINGER-GÖPPINGER § 1723 Rz 27 ff.

§ 1742

Ein angenommenes Kind kann, solange das Annahmeverhältnis besteht, bei Lebzeiten eines Annehmenden nur von dessen Ehegatten angenommen werden.

BT-Drucks 7/3061, 30 f; BT-Drucks 7/5087, 10.

Systematische Übersicht

Systematische Übersicht

I. Entstehungsgeschichte und Normzweck

1. Entstehungsgeschichte 1
2. Normzweck 2

2. Adoption nach dem Tode des (der) Adoptierenden 12

3. Adoption durch den Ehegatten des Annehmenden 15

II. Ausnahmen vom Verbot der Zweitadoption

1. Aufhebung der Erstadoption 9

III. Folgen eines Verstoßes gegen § 1742

1. Wirksamkeit der Zweitadoption 18
2. Auswirkungen auf die Erstadoption 19

I. Entstehungsgeschichte und Normzweck

1. Entstehungsgeschichte

1

§ 1742 entspricht § 1749 Abs 2 S 1 idF vor der Reform des Adoptionsrechts v 1976. Näheres zur Entstehungsgeschichte v § 1749 Abs 2 S 1 aF in der Voraufkl unter § 1749 Rz 4 u 5.

2. Normzweck

2

§ 1742 verbietet grds eine Zweitadoption, „solange das (erste) Annahmeverhältnis besteht“. Ist das Annahmeverhältnis durch Aufhebung nach Maßgabe der §§ 1759 ff oder durch Tod der (des) Adoptierenden beendet, so ist eine Zweitadoption unter den gleichen Voraussetzungen möglich wie eine Erstadoption (Näheres unten Rz 9–14). Auch ohne vorherige Beendigung des Annahmeverhältnisses gestattet § 1742 ausnahmsweise eine Zweitadoption dann, wenn das Kind bei Lebzeiten *eines* Annehmenden von dessen Ehegatten angenommen wird.

Das grds **Verbot von Zweit- oder Mehrfachadoption** („Kettenadoptionen“) wurde 3 vor der Reform des Adoptionsrechts v 1976 damit begründet, daß eine Adoption die

Rechtsbeziehungen des Kindes zu seiner bisherigen Familie nicht vollständig löse. Eine Zweitadoption würde deshalb zu unnötig komplizierten familienrechtl Beziehungen zwischen dem Kind, seiner Ursprungsfamilie und zwei Adoptivfamilien führen (Mot IV 962; BEITZKE StAZ 1955, 3; vgl auch GERNHUBER § 62 V 2). Mit dem Übergang zur Volladoption durch das AdoptG v 1976 ist dieses Argument gegenstandslos geworden, weil nunmehr jede Adoption das Kind auch rechtl vollständig aus seiner bisherigen Familie löst und verhindert, daß ein Kind mehreren Familien angehören kann.

- 4 Im RegE (BT-Drucks 7/3061, 31) wird die Beibehaltung des grds Verbots von Zweitadoptionen damit gerechtfertigt, daß **unerwünschte Kettenadoptionen** möglichst vermieden werden sollen und die strengen Bestimmungen über die nur ausnahmsweise zulässige Aufhebung von Annahmeverhältnissen (§§ 1759 ff) nicht umgangen werden dürfen. Kinder sollen nicht von einer Familie zur anderen „weitergereicht“ werden (BT-Drucks 7/3061, 30).
- 5 Notwendig ist die Bestimmung des § 1742 sicher nicht (so aber RegE BT-Drucks 7/3061, 31). Ob sie zweckmäßig ist, kann bezweifelt werden. Wenn Adoptiveltern die Beendigung eines Annahmeverhältnisses anstreben und neue Eltern bereit sind, die volle Verantwortung für das Kind zu übernehmen, so wird – trotz des unerwünschten „Weiterreichens“ von Adoptivkindern – eine Zweitadoption idR „das kleinere Übel“ sein. Das zuständige VormG wird in einem solchen Fall auch de lege lata kaum zögern, die Erstadoption „aus schwerwiegenden Gründen“ (§ 1763 Abs 1 u 3 b) aufzuheben. Im übrigen ist die Zweitadoption nur zulässig, wenn sie dem Wohl des Kindes dient (§ 1741 Abs 1).
- 6 **Die ausländischen Rechtsordnungen** bieten kein einheitliches Bild bzgl der Möglichkeit einer Zweitadoption. Ein Verbot der Zweitadoption kennen *Österreich* (PICHLER in: RUMMEL, ABGB, § 184 Rz 3 c), *Frankreich* (Art 346 Cc; BEGHÈ LORETI, L'adozione dei minori nelle legislazioni europee, [Milano 1986] 251), *Belgien* (Art 346 Cc; MEULDERS-KLEIN FamRZ 1989, 696, 701) und *Spanien* (Art 175 Abs 4 S 2 Cc; ARCE Y FLOREZ-VALDES Rev Gen Leg Jur 1987, 741, 782). Unbekannt ist das Verbot in *England* (BROMLEY, Family Law [7. Aufl 1987] 387), der *Schweiz* (HEGNAUER, Berner Kommentar, Familienrecht – Adoption [1975], Art 267 Rz 19 u Art 269 Rz 24) und den *Niederlanden* (Art 231 BW; PAPANDREOU Rev in: dr comp 1985, 653, 667). Auch Art 6 Abs 2 EuAdoptÜbEink setzt nur voraus, daß die rechtl Wirkungen der Erstadoption spätestens mit der Zweitadoption enden, was immer der Fall ist, wenn die Zweitadoption eine Volladoption ist (so auch OBERLOSKAMP ZBJJugR 1982, 121, 122 mHinw auf den erläuternden Bericht der Bundesregierung; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 7; aA RegE BT-Drucks 7/3061, 31).
- 7 Schließlich wird das grds Verbot von Zweitadoptionen auch damit verteidigt, daß die Einwilligung der leibl Eltern in die Erstadoption sich nur auf dieses Annahmeverhältnis beziehe (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 1; ENGLER FamRZ 1969, 63, 68 u Vorauf § 1749 Rz 16). Zweitadoptionen würden deshalb dem Verbot vor Blankoeinwilligungen (vgl § 1747 Rz 21) zuwiderlaufen. In der Tat führt der Zwang des geltenden Rechts zur Aufhebung des Annahmeverhältnisses im Falle einer angestrebten Zweitadoption dazu, daß mit der Aufhebung die Rechte der leibl Verwandten (mit Ausnahme der elterl Sorge) wiederaufleben (§ 1764 Abs 3), so daß den Eltern für die Zweitadoption erneut das Einwilligungsrecht gem § 1747 zusteht (allgM, vgl RegE BT-Drucks 7/3061, 31; ERMAN-HOLZHAUER Rz 8; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 2; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; offengelassen in AG Arnsberg FamRZ 1987, 1194, 1195 li Sp Mitte). Es erscheint indessen weder notwendig noch zweckmäßig, den leibl Eltern ein Mitspracherecht am Zustandekommen der Zweitadoption einzuräumen. Die Rechtsbeziehungen zwischen Kind und Ursprungsfami-

lie enden mit der Volladoption. Auch wenn das Einwilligungsgesetz des § 1747 Ausfluß des Elternrechts und nicht des elterl Sorgerechts ist (vgl § 1747 Rz 6), besteht kein Anlaß, die Eltern unter Berufung auf Art 6 Abs 2 GG auch nach der Volladoption ihres Kindes zu schützen (aA zu § 1749 aF Vorauf Rz 16; nicht überzeugend GERNHUBER § 62 III 3, der meint, Art 6 Abs 2 GG sei bei einer ergänzenden Zweitadoption nach § 1742 nur deshalb nicht verletzt, weil die elterl Einwilligung in Kenntnis des § 1742 erfolgt sei). Sie haben ohnehin keinen Einfluß darauf, wie sich das Annahmeverhältnis entwickelt. Sie können in Anbetracht der Regelung des § 1742 auch nicht verhindern, daß nach dem Tod eines Adoptiveltern-teils der andere wieder heiratet und der neue Ehepartner das Kind mitadoptiert. Außerdem gestattet § 1742 nach dem Tod beider Adoptiveltern-teile eine Zweitadoption ohne jede Mitwirkung der Eltern (Näheres unten Rz 12).

Keinen rechten Sinn (so auch MünchKomm-LÜDERITZ Rz 1; AG Kerpen FamRZ 8 1989, 431, 432 f) ergibt die Regelung des § 1742, soweit die angestrebte Zweitadoption eine Volljährigenadoption ist (vgl § 1767 Abs 2 iVm § 1742); denn die leibl Eltern haben im Falle einer Volljährigenadoption ohnehin kein Einwilligungsgesetz (vgl § 1748 Abs 1 S 2), das ihnen erhalten werden könnte, und von einem unerwünschten „Weiterreichen“ des Adoptivkindes kann auch nicht die Rede sein. Da außerdem eine Aufhebung der Minderjährigen(erst)adoption nach § 1763 nur möglich ist, solange der Angenommene minderjährig ist, und die für die Aufhebung von Volljährigenadoptionen maßgebende Bestimmung des § 1771 voraussetzt, daß das Annahmeverhältnis „zu einem Volljährigen begründet worden ist“, scheidet nach geltendem Recht die Volljährigenzweitadoption aus, wenn der Anzunehmende bereits als Minderjähriger adoptiert worden ist (Näheres zu dieser Problematik unten Rz 11).

II. Ausnahmen vom Verbot der Zweitadoption

1. Aufhebung der Erstadoption

9

Eine Zweitadoption ist zulässig, sobald das frühere Annahmeverhältnis aufgehoben ist. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 1742 („solange das Annahmeverhältnis besteht“), folgt mittelbar aber auch aus § 1763 Abs 3 b, wo die Aufhebung des Annahmeverhältnisses mit dem Ziel, eine erneute Annahme des Kindes zu ermöglichen, geregelt ist. Zur Aufhebung der Erstadoption und zum gleichzeitigen Aus-spruch einer Zweitadoption vgl AG Arnsberg FamRZ 1987, 1194. – Wird das Annahmeverhältnis nur zu *einem* Adoptiveltern-teil aufgehoben (§ 1763 Abs 2), so kann auch nur der neue Ehepartner des anderen das Kind wegen der in § 1742 enthaltenen Ausnahmeregelung annehmen („ergänzende Zweitadoption“).

Eine **Rückadoption** des Kindes durch seine leibl Eltern scheidet bei Aufhebung des Annahmeverhältnisses grds aus, weil § 1764 Abs 3 u 4 auch ohne Adoption die Wiedereingliederung des Kindes in seine Ursprungsfamilie ermöglicht (ROTH-STIELOW § 1741 Rz 21; GERNHUBER § 62 V Fn 1). Denkbar ist allerdings eine Rückadoption, soweit die erwähnte Wiedereingliederung ausscheidet. Beispiel (nach AG Kerpen FamRZ 1989, 431):

Das Kind der Eheleute A wird nach Scheidung der Ehe und Wiederheirat der Ehefrau A von deren 2. Ehemann B adoptiert. Nach Scheidung der 2. Ehe schließen die Eheleute A erneut miteinander die Ehe.

Ehemann A kann nach Aufhebung des Annahmeverhältnisses des Kindes zu B das eigene Kind annehmen; denn nach § 1764 Abs 5 lebt mit der Aufhebung des

Annahmeverhältnisses des Kindes zu B die Beziehung des Kindes zu seinem leibl Vater A nicht wieder auf.

- 11 Da § 1742 gem § 1767 Abs 2 auch für die **Volljährigenadoption** gilt, kann ein als Volljähriger Adoptierter ein zweites Mal nur angenommen werden, nachdem die erste Adoption gem § 1771 aufgehoben worden ist. In der Praxis sind allerdings die Fälle zweier hintereinandergeschalteter Erwachsenenadoptionen selten. Häufiger kommt es vor, daß **nach einer Minderjährigenadoption erneut eine Adoption des inzwischen volljährig Gewordenen** angestrebt wird (BayObLGZ 1984, 230 = FamRZ 1985, 201 = StAZ 1985, 8; OLG Stuttgart OLGZ 1988, 268 = NJW 1988, 2386 = FamRZ 1988, 1096; LG Münster StAZ 1983, 316; AG Kerpen FamRZ 1989, 431). Das Ges läßt in einem solchen Fall die Volljährigenadoption nicht zu, weil eine Aufhebung der Minderjährigenadoption nach dem klaren Wortlaut des § 1763 nicht mehr möglich ist, sobald das Kind das Volljährigkeitsalter erreicht hat. Auch eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses nach § 1771 scheidet aus, weil diese Bestimmung voraussetzt, daß das Annahmeverhältnis zu einem Volljährigen begründet wurde (Nachw bei § 1771 Rz 5). Es wurde unter Rz 8 bereits darauf hingewiesen, daß das grds Verbot von Zweitadoptionen keinen rechten Sinn ergibt, wenn die Erstadoption eine Minderjährigen-, die angestrebte Zweitadoption eine Volljährigenadoption ist. Daß das Ges hier jedoch nicht einmal in Ausnahmefällen die Möglichkeit einer Aufhebung der Erstadoption vorsieht, macht das Ergebnis fast unverständlich. Ob es indessen verfassungswidrig ist (so AG Kerpen FamRZ 1989, 431; aA OLG Stuttgart OLGZ 1988, 268 = NJW 1988, 2386 = FamRZ 1988, 1096; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 2 a plädiert wegen Art 6 GG für eine „Restriktion des § 1742“ bzgl des Sonderfalles, daß durch die Zweitadoption die natürliche Verwandtschaftsordnung wiederhergestellt werden soll), erscheint doch sehr zweifelhaft: Aus Art 6 GG ergibt sich keine Notwendigkeit, die Erwachsenenadoption überhaupt zuzulassen, und erst recht kein Gebot, sie als Zweitadoption zu gestatten, auch nicht, wenn es um die Wiederherstellung der natürlichen Verwandtschaftsordnung geht. Eher steht schon Art 3 GG auf dem Spiel: Wenn leibl Kindern die Erwachsenenadoption offensteht, sollte sie auch Adoptivkindern nicht verschlossen sein. Da § 1742 jedoch Zweitadoptionen grds zu hindern sucht und dieses Ziel kaum verfassungswidrig sein kann, wird man mit dem mißlichen Ergebnis leben müssen, das allerdings der Gesetzgeber selbst nicht gewollt hat: Das Verbot, Minderjährigenadoptionen nach Erreichung der Volljährigkeit aufzuheben, sollte Adoptivkinder und leibl Kinder gleichstellen (RegE BT-Drucks 7/3061, 27 u 55), nicht aber Erwachsenenzweitadoptionen um jeden Preis verhindern.

12 2. Adoption nach dem Tod des (der) Adoptierenden

Sind die Annehmenden (oder im Falle einer Einzeladoption: der Annehmende) verstorben, so ist eine Zweitadoption – auch eine Rückadoption durch die leibl Eltern – ohne besondere Einschränkungen möglich (allgM, vgl MünchKomm-LÜDERITZ Rz 6; PALANDT-DIEDERICHSEN Ann 2 b; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4; SOERGEL-LIERMANN Rz 3. Zur Rechtslage vor der Reform vgl VoraufI Rz 22 u bzgl der Rückadoption durch die leibl Eltern LG Oldenburg FamRZ 1965, 395). Man mag darüber streiten, ob sich dieses Ergebnis bereits daraus ableiten läßt, daß das Annahmeverhältnis iS des § 1742 nicht mehr besteht (so BEITZKE § 33 II 1 d; GERNHUBER § 65 V 2; ERMAN-HOLZHAUER Rz 4). Die Hinzufügung der Worte „bei Lebzeiten eines Annehmenden“ stellt auf alle Fälle klar, daß die Einschränkung von Zweitadoptionen nur gelten soll, solange einer der Annehmenden lebt (so MünchKomm-LÜDERITZ Rz 6; SOERGEL-LIERMANN Rz 3). Die Worte „bei Lebzeiten des Annehmenden“ waren in § 1749 Abs 2 S 1 aF bereits durch das FamRÄndG 1961

eingefügt worden, um die damals akute Streitfrage zu klären, ob nach dem Ableben des Annehmenden ein anderer als der Ehegatte des Verstorbenen das Kind adoptieren kann (Näheres Vorauf Rz 22). Schon vor 1961 war indessen von der Rspr die Auffassung vertreten worden, daß nach dem Tod der Adoptiveltern einer zweiten Adoption grds nichts im Wege steht (Nachw Vorauf Rz 22).

Ist nur ein Adoptivelternteil verstorben, so ist eine Weiteradoption möglich, nachdem das Annahmeverhältnis zum überlebenden aufgehoben worden ist. Eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses zum verstorbenen Adoptivelternteil ist weder nötig noch möglich (Näheres § 1764 Rz 15). **13**

Einer **Mitwirkung der leibl Eltern** bei der Zweitadoption bedarf es nach dem Tod des (der) Adoptierenden, anders als im Fall einer Aufhebung der Erstadoption (vgl Rz 10), nicht. Denn ihre Rechtsbeziehungen zum Kind sind durch die Volladoption beendet worden und bleiben es auch nach dem Tod des (der) Annehmenden. Den Adoptivverwandten stehen im Falle einer Zweitadoption Einwilligungsrechte ebensowenig zu wie den leibl Verwandten eines noch nicht adoptierten Kindes nach dem Tode seiner Eltern. Die Interessen des Kindes werden bei einer Zweitadoption nach dem Tode des (der) Adoptierenden nach Maßgabe des § 1746 durch den zu bestellenden Vormund gewahrt. **14**

3. Adoption durch den Ehegatten des Annehmenden

15

Im Falle einer Einzeladoption ist jederzeit eine ergänzende Zweitadoption durch den Ehegatten des Annehmenden möglich.

Bei einer **Adoption durch ein Ehepaar** erlaubt § 1742 eine ergänzende Zweitadoption nur, wenn die Ehe durch Tod aufgelöst wurde. Endete die Ehe durch **Scheidung**, so kommt im Falle der Wiederheirat eine Adoption durch den neuen Ehepartner eines der Annehmenden nur in Betracht, wenn zuvor das Annahmeverhältnis zu dem Annehmenden, der durch den neuen Ehepartner ersetzt werden soll, aufgehoben wurde. Dies ergibt sich aus den Worten „bei Lebzeiten eines Annehmenden“. Eine ergänzende Zweitadoption ist auch dann möglich, wenn der annehmende Ehepartner ein leibl Elternteil des Kindes ist (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5).

War die erste Adoption eine **Stiefkindadoption**, so ist nach dem Tode des leibl oder Adoptivelternteils eine ergänzende Zweitadoption durch den neuen Ehepartner des Adoptivelternteils möglich. Bei der Adoption von Stiefkindern, die aus einer durch Tod aufgelösten Ehe stammen, ist bzgl der Adoptionswirkungen § 1756 Abs 2 zu beachten; für mehrfach hintereinander geschaltete Stiefkindadoptionen jeweils nach dem Tod eines Elternteils und Wiederheirat des anderen vgl § 1756 Rz 29. **16**

Hat die **Mutter ihr nichtehel Kind** gem § 1741 Abs 3 S 2 **adoptiert** und damit die Rechtsbeziehungen zwischen Vater und Kind beendet, so stellt sich die Frage, ob bei einer späteren Heirat der Eltern der Vater sein Kind gem § 1742 adoptieren kann. Entsprechendes muß gelten, wenn der Vater des nichtehel Kindes dieses als Kind angenommen hat und später die Mutter heiratet. Der Fall wird durch § 1719 S 1 u 2 geregelt: Das Kind wird durch nachfolgende Eheschließung **legitimiert**. Einer ergänzenden Zweitadoption bedarf es nicht (STAUDINGER-GÖPPINGER § 1719 Rz 15 mHinw; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 3; vgl auch § 1754 Rz 9 u § 1755 Rz 6). **17**

III. Folgen eines Verstoßes gegen § 1742**18 1. Wirksamkeit der Zweitadoption**

Eine unter Verstoß gegen § 1742 zustandegekommene Minderjährigen- oder Volljährigenadoption ist zwar **fehlerhaft, aber nicht nichtig** (BayObLGZ 1984, 230 = FamRZ 1985, 201 = StAZ 1985, 8; LG Braunschweig FamRZ 1988, 106; LG Münster StAZ 1983, 316; MünchKomm-LÜDERITZ § 1771 Rz 12; **aA** BEITZKE StAZ 1983, 1, 6; FRITSCH StAZ 1983, 106, 107 mHinw auf einen Beschluß AG Mannheim v 16. 3. 1982; ERMAN-HOLZHAUER § 1759 Rz 3; BGB-RGRK-DICKESCHIED § 1759 Rz 3). Das AdoptG v 1976 sieht selbst bei schwersten Verstößen gegen materielles Recht nicht die Nichtigkeit, sondern nur die Aufhebbarkeit vor (Näheres § 1759 Rz 6). Ob die fehlerhaft zustandegekommene Zweitadoption aufgehoben werden kann, entscheiden die §§ 1759 ff bzw 1771. Bei einer Minderjährigenzweitadoption kommt vor allem eine Aufhebung wegen fehlender Einwilligung der leibl Eltern (§ 1760 Abs 1) in Betracht, weil deren Zustimmung gem § 1764 Abs 3 iVm § 1747 erforderlich gewesen wäre, falls die Erstadoption richtigerweise zuvor aufgehoben worden wäre. Allerdings dürfte auch in Fällen dieser Art eine Aufhebung oft an § 1761 Abs 2 scheitern.

19 2. Auswirkungen auf die Erstadoption

Da eine unter Verstoß gegen § 1742 zustandegekommene Zweitadoption nicht nichtig ist, kommen ihr rechtl die vollen Adoptionswirkungen zu. Die **Erstadoption verliert ihre Wirkungen** in gleicher Weise, wie wenn das Ges eine Weiteradoption ohne vorherige Aufhebung der Erstadoption erlauben würde (so auch Münch-Komm-LÜDERITZ § 1771 Rz 12; **aA** KUBITZ StAZ 1985, 318 u NIED StAZ 1983, 23; auch die Erstadoption bleibe wirksam), – eine Lösung, die ohnehin viele Auslandsrechtsordnungen vorsehen (vgl oben Rz 6). Eine Minderjährigenzweitadoption beendet demgemäß die Wirkungen der ersten Annahme. Ist die Zweitadoption eine Volljährigenadoption, so hängen deren Wirkungen davon ab, ob es sich um den Regelfall des § 1770 oder um die ausnahmsweise Anordnung einer Volladoption (§ 1772) handelt.

§ 1743

Bei der Annahme durch ein Ehepaar muß ein Ehegatte das fünfundzwanzigste Lebensjahr, der andere Ehegatte das einundzwanzigste Lebensjahr vollendet haben.

Wer ein Kind allein annehmen will, muß das fünfundzwanzigste Lebensjahr vollendet haben.

Wer sein nichteheliches Kind oder ein Kind seines Ehegatten annehmen will, muß das einundzwanzigste Lebensjahr vollendet haben.

Der Annehmende muß unbeschränkt geschäftsfähig sein.

BT-Drucks 7/3061, 31 f, 73, 84; BT-Drucks 7/5087, 9 f.

1 I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

In der Entwicklung des heutigen § 1743 (vor dem AdoptG v 1976: § 1744) zeigt sich der Wandel der Adoption von einem Mittel der Tradierung von Familiennamen und Familiengut zu einem Instrument der Sozialpolitik, das hilfsbedürftigen Kindern das Aufwachsen in einer intakten Familie ermöglichen soll.

Nach § 1744 in seiner ursprüngl. Fassung mußte der Annehmende das **50. Lebensjahr** vollendet haben. Diese Altersregelung orientierte sich an dem oft dominanten Wunsch der Annehmenden, „auf diesem Wege das Andenken an ihren Namen und ihre Familie fortpflanzen“ (Mot IV 952). Die primäre Zielrichtung dieser Bestimmung bestand indessen darin, über die hoch angesetzte Altersgrenze „die Wahrscheinlichkeit der Erzielung eigener Kinder“ zu verringern (Mot IV 960); denn die Adoption sollte nur ein „subsidiäres Mittel“ zur Begründung von Eltern-Kind-Verhältnissen sein (Mot IV 960). § 1744 aF ergänzte insoweit § 1741 aF, der eine Adoption nur im Falle der Kinderlosigkeit der Annehmenden gestattete (Näheres Vorauf § 1741 Rz 26 ff). Allerdings bestand bereits nach § 1745 aF die Möglichkeit der Befreiung vom Erfordernis der Vervollendung des 50. Lebensjahres, wenn der Annehmende wenigstens volljährig war.

Durch das FamRÄndG 1961 (BGBl I 1221) wurde das Mindestalter der Annehmenden – weiterhin mit Dispensmöglichkeit – auf **35 Jahre** herabgesetzt, um vor allem im Interesse von anzunehmenden Kleinkindern den Altersabstand von Adoptiveltern und Adoptivkind dem zwischen natürlichen Eltern und Kind anzunähern. Gleichzeitig wurde § 1745 dahingehend geändert, daß nunmehr vom Erfordernis der Kinderlosigkeit Befreiung gewährt werden konnte (Näheres § 1745 Rz 3), – eine Regelung, die bereits das AdoptErleichtG v 8. 8. 1950 (BGBl I 356) – zunächst zeitlich begrenzt, dann mehrfach verlängert – vorgesehen hatte (Näheres Vorauf § 1745 Rz 3). Damit aber begann sich die Ratio des gesetzl. vorgeschriebenen Mindestalters entscheidend zu ändern. Es ging nicht mehr in erster Linie darum sicherzustellen, daß der Adoptierende ohne leibl. Abkömmlinge bleiben würde, sondern darum, eine gewisse Persönlichkeitsreife sowie eine Konsolidierung der Lebens- und Familienverhältnisse auf Seiten des Annehmenden abzuwarten.

Diese Entwicklung wurde durch die sog. Vorabnovelle v 1973 (BGBl I 1013) **3** bestätigt, die in § 1744 das Mindestalter der Adoptierenden erneut, und zwar auf **25 Jahre**, reduzierte. Das AdoptG v 1976 übernahm die Regelung in den heutigen § 1743 Abs 2, beseitigte allerdings die nach der Vorabnovelle v 1973 noch mögliche Befreiung von diesem Alterserfordernis (§ 1745 aF). Andererseits wurden die Mindestaltersvorschriften bei der Annahme durch ein Ehepaar ein weiteres Mal, und zwar dahingehend gelockert, daß es nunmehr genügt, daß **ein Ehegatte das 25., der andere das 21. Lebensjahr** vollendet hat (§ 1743 Abs 1). Mit dieser Altersgrenze soll verhindert werden, daß zu junge Menschen eine Verantwortung durch die Annahme eines Kindes auf sich nehmen, deren Auswirkungen sie nicht überblicken können. Zugleich wird damit die unterste Altersgrenze des EuAdoptÜbEink (Art 7 Abs 2) übernommen, von der nur abgesehen werden kann, wenn das eigene nichtehel. Kind angenommen wird, oder wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen (vgl. RegE BT-Drucks 7/3061, 32). Der gesetzl. Regelung haftet wie jeder Regelung, die starre Altersgrenzen vorsieht, etwas Willkürliches an (krit. GERNHUBER § 62 IV 1; LÜDERITZ 37). Sie orientiert sich jedoch zutr. an der internationalen Tendenz, die ehemals hohen Mindestaltersgrenzen für Annehmende zwar zu senken, aber doch höher anzusetzen als das Volljährigkeitsalter (zB *Belgien* Art 345 Cc: mind. 25 Jahre; *Frankreich* Art 343-1 Cc: Einzelpersonen älter als 30 Jahre; *Großbritannien* Children Act v 1975 [England] Sec 10 (1): beide Ehegatten 21 Jahre, Sec 11 [1]: Einzelperson 21 Jahre; ebenso Adoption Act v 1978 [Scotland], Sec 14 [1] u Sec 15 [1]; *Österreich* § 180 Abs 1 ABGB: „Wahlvater“ 30, „Wahlmutter“ 28 Jahre; *Spanien* Art 175 Cc: 25 Jahre, bei Ehegatten mind. einer 25 Jahre).

Manche Rechtsordnungen sehen neben oder anstatt des Mindestalters noch eine **4** **Mindestdauer der Ehe** der Adoptierenden vor (zB *Frankreich* Art 343 Cc: 5 Jahre; *Italien* Art 6 AdoptG: 3 Jahre; *Niederlande* Art 228 Abs 1 g BW: 5 Jahre; *Portugal*

Art 1979 Abs 1 Cc: 5 Jahre). Obwohl ein derartiges Adoptionserfordernis bei den Reformarbeiten erwogen worden war (vgl Thesen der AGJ zur Neuregelung des Adoptionsrechts, MittAGJJ Nr 57/58 [1969], These 7.2; MENDE ZBJugR 1970, 189, 192; ENGLER 65), wurde es nicht in das AdoptG v 1976 aufgenommen. Auch von der Normierung eines **Mindestaltersabstandes** zwischen Annehmendem und Kind, wie ihn § 1744 aF bis zum FamRÄndG v 1961 vorgeschrieben hatte (18 Jahre), und wie ihn eine Reihe ausländischer Rechte vorsehen (*Belgien* Art 345 Cc: 15 Jahre; *Frankreich* Art 344 Abs 1 Cc: 15 Jahre; *Niederlande* Art 228 Abs 1 c BW: 18 Jahre; *Österreich* § 180 Abs 2 ABGB: 18 Jahre; *Schweiz* Art 265 ZGB: 16 Jahre; *Spanien* Art 175 Cc: 14 Jahre; vgl auch Art 8 Abs 3 des EuAdoptÜbEink: gewöhnlicher Altersunterschied zwischen Eltern und Kindern), wurde Abstand genommen, ebenso von der Festsetzung einer **Höchstaltersdifferenz** (so *Italien* Art 6 AdoptG: 40 Jahre; *Niederlande* Art 228 Abs 1 c BW: 50 Jahre) oder eines **Höchstalters für Adoptierende** (so *Portugal* Art 1979 Abs 3 Cc: 60 Jahre; vgl auch SOERGEL-ROTH-STIELOW Rz 3). Mit starren Altersgrenzen ist der Grundsatz „adoptio imitatur naturam“ nur bedingt zu verwirklichen. Ehedauer und Altersabstand sind nur im Zusammenhang mit der Frage zu prüfen, ob die Adoption dem Wohl des Kindes dient (§ 1741 Abs 1).

II. Die Voraussetzungen im einzelnen

5 1. Die Regelung der Abs 1–3

Das **Regelalter** beträgt **25 Jahre**. Wer ein Kind allein annehmen will, *muß* dieses Alter erreicht haben (Abs 2). Bei der Annahme durch ein Ehepaar genügt es, wenn **ein Ehegatte das 25., der andere das 21. Lebensjahr** vollendet hat (Abs 1). Das Regelalter von 25 Jahren wird in Abs 3 auf 21 Jahre für den Fall herabgesetzt, daß der Adoptierende sein nichtehel Kind oder ein Kind seines Ehegatten annehmen will. Die Alterserfordernisse der Abs 1–3 müssen spätestens beim Ausspruch der Annahme als Kind (§ 1752 Abs 1) erfüllt sein (vgl BGHZ 2, 62 = NJW 1951, 706 und LG Bochum StAZ 1966, 173 jeweils zum alten Recht; LG Darmstadt DAVorm 1977, 375, 379).

- 6 Die Regelung der Abs 1–3 ist klar, wenn auch **nicht unproblematisch**. Bei der Reform bestand zwar weitgehend Einigkeit darüber, daß das 25. Lebensjahr Regelalter werden sollte. Die vor der Reform auch bei Einzeladoptionen mögliche Befreiung vom Alterserfordernis bis zum 21. Lebensjahr wurde indessen trotz anderslautender Vorschläge gestrichen (vgl zB Thesen der AGJ zur Neuregelung des Adoptionsrechts, MittAGJJ Nr 57/58 [1969], These 7.2; ENGLER 65). Mag diese Entscheidung des Gesetzgebers noch vertretbar sein, so erscheint es nicht mehr verständlich, wenn bei Ehepaaren die fehlende persönliche Reife des einen Teils und die möglicherweise mangelnde Stabilität von dessen Lebensverhältnissen in pauschalierender Weise durch das höhere Lebensalter des anderen Teils kompensiert wird (krit auch GERNHUBER § 62 IV 1; ENGLER FamRZ 1975, 125, 128). Eine Regelung, die zwar vom 25. Lebensjahr ausgeht, aber für Sonderfälle eine Befreiungsmöglichkeit vorsieht, hätte besser überzeugt.
- 7 Verfehlt dürfte auch die in Abs 3 zum Ausdruck kommende **Förderung der Adoption von Stiefkindern und eigenen nichtehel Kindern** sein. Näheres zur Problematik derartiger Adoptionen in § 1741 Rz 33–38. Bei Stiefkindadoptionen ist vor allem zu bedenken, daß Stiefkinder typischerweise nicht um ihrer selbst willen, sondern dem Ehepartner zuliebe adoptiert werden. Scheitert die Ehe, so bleibt der adoptierende Stiefelternteil unwiderruflich mit Unterhaltungspflichten belastet, die er in aller Regel nur im Vertrauen auf den Bestand der Ehe übernehmen wollte. Das Stiefkindverhältnis ist ein vom Bestand der Ehe abhängiges faktisches Eltern-Kind-Verhältnis.

das nicht ohne Not durch ein künstliches überlagert werden sollte (Bedenken auch MünchKomm-LÜDERITZ Rz 4; ENGLER FamRZ 1975, 125, 127 f). Ähnliches gilt für die Adoption nichtehel Kinder, die sich nicht überzeugend rechtfertigen läßt: Eine Rechtsordnung, die für sich in Anspruch nimmt, das Nichtehelichenrecht angemessen geregelt zu haben, bedarf nicht des zusätzlichen Hilfsmittels der Adoption; schließlich können auch ehel Kinder nicht von ihren Vätern oder Müttern als Kinder angenommen werden. Die Adoption nichtehel Kinder durch einen Elternteil zerschneidet endgültig die rechtl Bande des Kindes zum anderen Elternteil und dessen Familie – ein Ergebnis, das von zerstrittenen Eltern zwar oft angestrebt wird, aber nicht durch die Herabsetzung von Mindestaltersgrenzen noch besonders gefördert werden sollte. Glücklicherweise hat der Gesetzgeber wenigstens die Anregung, der Mutter schon vor Vollendung des 21. Lebensjahres die Annahme ihres nichtehel Kindes zu gestatten, nicht aufgegriffen (vgl BT-Drucks 7/5087, 9 f).

2. Die Regelung des Abs 4

8

Die an sich überflüssige, aber unschädliche Bestimmung wurde erstmals durch das FamRÄndG 1961 (§ 1744 S 2 aF) in das BGB eingefügt und nach der Reform v 1976 beibehalten. Abs 4 präzisiert unter einem Teilaspekt die an das Kindeswohl gem § 1741 Abs 1 zu stellenden Anforderungen: Wer ein Kind annimmt, muß über ein gewisses Maß erzieherischer Fähigkeiten verfügen. Wer nicht voll geschäftsfähig ist, bedarf selbst der Hilfe und ist nicht in der Lage, Verantwortung für ein Kind zu übernehmen (vgl BT-Drucks 7/3061, 32). Vom Inkrafttreten des BtG v 12. 9. 1990 (BGBl I 2002) am 1. 1. 1992 an ist der Hinw auf die „unbeschränkte“ Geschäftsfähigkeit des Annehmenden verfehlt: Eine beschränkte Geschäftsfähigkeit Volljähriger gibt es nicht mehr.

Ist ein **Ehegatte geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt** (Näheres hierzu § 1741 Rz 31), so kann der andere entgegen der Grundregel des § 1741 Abs 2 S 1 nach § 1741 Abs 2 S 3 allein adoptieren.

III. Folgen des Fehlens einer Voraussetzung

9

Eine entgegen Abs 1–3 ausgesprochene Annahme als Kind (§ 1752 Abs 1) ist voll wirksam und kann grds auch nicht aufgehoben werden. Eine Aufhebung kommt nur nach der allg Bestimmung des § 1763 Abs 1 „aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes“ in Betracht. Gleiches gilt, wenn der Annehmende entgegen Abs 4 zZ des Annahmebeschlusses nur beschränkt geschäftsfähig war. Lediglich für den Fall der Geschäftsunfähigkeit des Annehmenden enthält § 1760 Abs 2 lit a eine besondere Regelung für die Aufhebung des Annahmeverhältnisses.

§ 1744

Die Annahme soll in der Regel erst ausgesprochen werden, wenn der Annehmende das Kind eine angemessene Zeit in Pflege gehabt hat.

BT-Drucks 7/3061, 32; BT-Drucks 7/5087, 10.

Systematische Übersicht

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1. Rechtslage vor der Reform v 1976 1
2. Zweckmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung der Pflegezeit 3
3. Dauer der Pflegezeit 5

II. Inhalt der Adoptionspflege

1. Rechtliche Zielsetzung 7
2. Vertragsnatur 10

III. Voraussetzungen der Adoptionspflege

1. Eignung der künftigen Adoptiveltern 12

2. Zeitpunkt für das Vorliegen der Adoptionsvoraussetzungen 13

3. Pflegeerlaubnis 14

4. Vertrag 15

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1 1. Rechtslage vor der Reform v 1976

Bis zum Inkrafttreten des AdoptG v 1976 enthielt das BGB **keine gesetzl Regelung** über Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit eines Pflegeverhältnisses als „Probezeit“ vor der Adoption. Zu erkennbaren Unzuträglichkeiten hatte das Fehlen einer solchen Vorschrift nicht geführt (vgl BT-Drucks 7/3061, 32). In Mot IV 969 war der Verzicht des Gesetzgebers auf eine Regelung damit begründet worden, daß niemand „die Mannigfaltigkeit der Verhältnisse im voraus zu übersehen imstande sei“, und daß „gegen leichtsinniges Vorgehen die Form der Annahme an Kindesstatt und, wenn ein Minderjähriger angenommen werden soll, die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes schützen“. Auch ohne gesetzl Regelung war indessen bis zur Reform v 1976 die grds **Zweckmäßigkeit** eines Pflegeverhältnisses vor der Adoption **unbestritten**. So sahen die Richtlinien für die Adoptionsvermittlung (erarbeitet und empfohlen von der Arbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter) v 1963 „in der Regel eine Anpassungszeit von mindestens 1 Jahr“ vor (Abschn 2.51).

2 Im Zuge der Reformarbeiten wurden mehrfach Zweifel geäußert, ob mit einer gesetzl Regelung, die ohnehin nur allg richtungsweisend sein könne, viel gewonnen sei (so ENGLER 82). Im Bericht des RAussch zum RegE heißt es denn auch etwas skeptisch: „Die Bewährung der Vorschrift wird davon abhängen, ob es gelingt, die unbestimmten Rechtsbegriffe ‚in der Regel‘ und ‚angemessene Zeit‘ jeweils im Hinblick auf die besonderen Umstände des Einzelfalles auszulegen und nicht schematisch zu verfahren“ (BT-Drucks 7/5087, 10).

3 2. Zweckmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung der Pflegezeit

Der gesetzl Hinweis auf das Erfordernis einer angemessenen Pflegezeit dürfte zwar **nicht notwendig, aber zweckmäßig** sein (vgl Vorschläge der AGJ zur Reform des Adoptionsrechts und des Adoptionsvermittlungsrechts, MittAGJ 64 [1972] 34 zu Frage 5; Internat Sozialdienst MittAGJ [1975] 3 ff; Caritas Jugendwohl [1972] 246). Gesetzl Bestimmungen haben eine größere Signalwirkung als bloße Verwaltungsvorschriften oder Empfehlungen von Fachverbänden. § 1744 trägt auch dem Eu-AdoptÜbEink Rechnung, das in Art 17 eine Pflegezeit vorschreibt, die „ausreicht, damit die zuständige Behörde die Beziehungen zwischen dem Kind und dem Annehmenden im Fall einer Adoption richtig einzuschätzen vermag“. **Ausländische Rechtsordnungen** verzichten zT auf jedwede gesetzl Regelung (zB *Dänemark, Norwegen, Österreich, Ungarn*). sehen zT aber auch weitergehend als § 1744 bestimmte **Regel- oder sogar Mindestanpassungszeiten** vor (zB Art 345 Abs 1 *französ Cc*: mind 6 Monate; Art 25 Abs 1 *ital AdoptG v 1983*: mind 1 Jahr; Art 264 *schweiz ZGB*: mind 2 Jahre; § 69 *tschechoslow FamG*: mind 3 Monate; sec 9 [1] *engl Children Act 1975*: mind 13 Wochen; Art 228 Abs 1 f *niederländ BW*: mehr als 1 Jahr).

4 Der gelegentlich vertretenen **Ansicht, daß § 1744 nicht nur nicht notwendig, sondern schädlich** sei (GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT 36, 43; LEBER-REISER-SIMONSOHN, MittAGJ 75 [1975] 7 ff; ERMAN-HOLZHAUER Rz 2–6), weil die Vorläufigkeit des Pflegeverhältnisses die vorbehaltlose Annahme als Kind erschwere, ist nicht zu folgen. Sie widerspricht den Erfahrungen, wie sie im Zuge der Reform des Adop-

tionsrechts von den mit der Adoptionsvermittlung befaßten Stellen geäußert wurden (Vorschläge der AGJ zur Reform des Adoptionsrechts und des Adoptionsvermittlungsrechts, MittAGJ 64 [1972] 34 zu Frage 5; Caritas Jugendwohl [1972] 246; Internat Sozialdienst MittAGJ 75 [1975] 3 ff). Wer ein Kind in Adoptiopflege nimmt, denkt nicht an ein „Reuerecht“ (vgl ERMAN-HOLZHAUER Rz 5), von dem er bis zum endgültigen Erlaß des Adoptionsbeschlusses Gebrauch machen kann. Bedenken gegen die Vorschaltung eines längeren Pflegeverhältnisses wären allenfalls aus der Sicht der künftigen Adoptiveltern verständlich (vgl GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT 36). Für sie ist das Warten auf den Adoptionsbeschluß nach § 1752 gelegentlich mit der Sorge verbunden, „ihr“ Kind im letzten Augenblick doch noch zu verlieren – eine Befürchtung, die ua bei nichtehel Kindern nicht ganz unbegründet ist, weil hier nie ausgeschlossen werden kann, daß die Mutter nach Erklärung der Einwilligung in die Adoption den Vater des Kindes heiratet, wodurch diesem infolge der Legitimation des Kindes ein Einwilligungsrecht nach § 1747 Abs 1 erwächst (Näheres bei § 1747 Rz 16). Entscheidend spricht indessen für § 1744, daß idR ohne eine angemessene Pflegezeit trotz sorgfältigster Vorbereitung die nach § 1741 notwendige Prognose nicht gewagt werden kann, es sei „zu erwarten, daß zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht“. Außerdem ist eine nach nicht allzu langer Zeit abgebrochene Pflege in jedem Fall besser als eine gescheiterte Adoption (so zutr MünchKomm-LÜDERITZ Rz 2).

3. Dauer der Pflegezeit

5

Hinsichtlich der Dauer des Pflegeverhältnisses wird zu differenzieren sein: **Bei Säuglingen und Kleinkindern** bestehen geringe Anpassungsschwierigkeiten, so daß die Probezeit kürzer ausfallen kann als **bei älteren Kindern**, insb behinderten und sog Problemkindern. Der Internat Sozialdienst (MittAGJ 75 [1975] 4) hält zB bei Kleinkindern ¼ Jahr, HOLZHAUER (ERMAN-HOLZHAUER Rz 6) 1 Monat für ausreichend. Die „Empfehlungen der Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter und überörtlichen Erziehungsbehörden zur Adoptionsvermittlung“ idF v 1988 (welche an die Stelle der veralteten Richtlinien v 1963 getreten sind) begnügen sich unter 4.46 mit der Feststellung, daß für Säuglinge und Kleinkinder die Adoptiopflege „wesentlich kürzer“ bemessen werden könne als für ältere Kinder. Im übrigen hat sich jedoch in der Praxis die in den Richtlinien für die Adoptionsvermittlung v 1963 vorgesehene Regelfrist v 1 Jahr durchaus bewährt, obwohl die erwähnten Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung idF v 1988 keinerlei nähere zeitliche Angaben mehr enthalten.

Bedenken bestehen gegen die auch international zu beobachtende **Tendenz, Verwandten- und Stiefkindadoptionen** ua durch den Verzicht auf die Vorschaltung eines Pflegeverhältnisses **zu fördern** (so zB Art 228 Abs 2 *niederl* BW). Verwandten- und Stiefkindadoptionen sind in hohem Maße problematisch, so daß hier keine Erleichterungen am Platze sind, sondern erhöhte Vorsicht (vgl FRANK 21 f, 68 f, 126 f; außerdem § 1741 Rz 20 ff, 33 ff).

II. Inhalt der Adoptiopflege

1. Rechtliche Zielsetzung

7

Von einem „normalen“ Pflegeverhältnis unterscheidet sich die Adoptiopflege durch die **besondere Zielsetzung** (vgl BT-Drucks 7/3421 zu § 6 unter 1; JANS-HAPPE § 48 a JWG Anh 2 [§ 8] Erl 1; OVG Saarlouis DAVorm 1982, 905, 908). Inhaltlich

gleichet sie der allg Familienpflege iSd §§ 1630 Abs 3, 1632 Abs 4 (OLG Hamm NJW 1985, 2168; SOERGEL-LIERMANN Rz 10).

- 8 Bestrebungen der AGJ, ein **förmliches Adoptionspflegeverfahren** nach *französ* (Artt 351, 352 Cc: placement en vue de l'adoption) oder *ital* (Artt 22, 23 AdoptG v 4. 5. 1983: affidamento preadottivo) Recht einzuführen (Vorschläge zur Reform des Adoptionsrechts und des Adoptionsvermittlungsrechts, MittAGJ 64 [1972] 33 f; FEIL MittAGJ 67 [1973] 39 f; SCHNABEL MittAGJ 64 [1972] 18, 20 f, MittAGJ 67 [1973] 38 f, MittAGJ 70 [1974] 43 f; Internat Sozialdienst MittAGJ 75 [1975] 3 ff), waren bei der Reform v 1976 gescheitert (vgl BT-Drucks 7/3061, 32 unter 5). Ein derartiges zweiphasiges Modell sollte das Kind schrittweise zunächst durch einen Adoptionspflegebeschluß, später durch den Adoptionsbeschluß aus der Ursprungsfamilie lösen und in die neue Familie eingliedern. Ziel der Reformbestrebungen war es ua, Statusveränderungen des Kindes durch Legitimation, Ehelicherklärung, Vaterschaftsanerkennung, Vaterschaftsfeststellung während der Adoptionspflege zu verhindern, damit geplante Kindesannahmen nicht durch neu entstehende Einwilligungserfordernisse in Frage gestellt werden (Näheres § 1747 Rz 16).
- 9 Der Gesetzgeber hat dem Wunsch nach einer **rechtl Verfestigung von Adoptionspflegeverhältnissen** partiell durchaus Rechnung getragen: Nach § 1751 Abs 1 ruht die elterl Sorge mit der Einwilligung in die Annahme; die Befugnis zum persönlichen Umgang mit dem Kind darf nicht ausgeübt werden. Das JugA wird Vormund. Nach § 1751 Abs 4 ist der Annehmende dem Kind vor den Verwandten des Kindes zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet, sobald die Eltern des Kindes die erforderliche Einwilligung erteilt haben und das Kind in die Obhut des Annehmenden mit dem Ziel der Annahme aufgenommen ist. Zu beachten ist allerdings, daß die in § 1751 Abs 1 und 4 angeordneten Rechtsfolgen nicht an die Inpflegegabe des Kindes anknüpfen. Die Wirkungen des Abs 1 sind die unmittelbare Folge der elterl Einwilligung in die Adoption; die Wirkungen des Abs 4 hängen von der elterlichen Einwilligung **und** der Aufnahme des Kindes in die „Obhut“ des Annehmenden ab. Mit der Verwendung des Begriffes „Obhut“ distanzierte sich der Gesetzgeber auch sprachlich von der Adoptions„pflege“ des § 1744. Durch das Wort „Obhut“ wird klargestellt, daß das Kind nicht unbedingt in den Haushalt des Annehmenden aufgenommen sein muß. Muß es bspw wegen Krankheit oder körperlicher oder geistiger Behinderung noch einige Zeit in einem Krankenhaus oder einem Heim bleiben, so tritt die Unterhaltspflicht der künftigen Annehmenden ein, wenn sie die Verantwortung für das Kind übernehmen (BT-Drucks 7/5087, 14). Demgegenüber setzt die Adoptionspflege als Probezeit voraus, daß die Pflege im eigenen Wohn- und Lebensbereich geleistet wird, weil nur so entspr der Zielsetzung des § 1744 festgestellt werden kann, ob „zu erwarten ist, daß zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht“ (§ 1741 Abs 1; zur Unterscheidung zwischen „Obhut“ und „Pflege“ vgl SOERGEL-LIERMANN Rz 5 f).

10 2. Vertragsnatur

Das Rechtsverhältnis der Adoptionspflege ist **vertraglicher Natur** (zum Abschluß des Pflegevertrages vgl Rz 15). Es wird zutr als ein „besonderes familienrechtliches“ qualifiziert (so ROTH-STIELOW Rz 16), wobei indessen zu beachten ist, daß es **inhaltlich** im Interesse des Kindes **durch öffentlichrechtl Schutznormen vorgeprägt** ist (§§ 44 ff SGB VIII). Das JugA hat außerdem – und das in erster Linie – die Pflegeperson zu beraten und bei ihrer Tätigkeit zu unterstützen (§§ 27 ff SGB VIII). – eine Verpflichtung, die § 9 Abs 1 AdoptVermG für die Adoptionspflege außerdem der mit dem JugA nicht notwendigerweise identischen Vermittlungsstelle

auferlegt (zur erforderlichen Kooperation zwischen JugA und Adoptionsvermittlungsstelle vgl BAER-GROSS 200). Dabei stellt § 9 Abs 2 AdoptVermG klar, daß Beratung und Unterstützung der Annehmenden durch die Adoptionsvermittlungsstelle auch tatsächlich geleistet werden, wenn die Annehmenden dies wünschen (vgl § 9 Abs 1 AdoptVermG). Die mit einseitigem Blick auf die Vertragsnatur von Pflegeverhältnissen geführte Diskussion, ob Pflegeverträge als Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund gekündigt (so GERNHUBER § 62 I 4) oder nach § 119 angefochten werden können (so ROTH-STIELOW Rz 16), erscheint angesichts der Überlagerung privatrechtl durch öffentlichrechtl Vorschriften weitgehend theoretisch und praxisfern: Die Fortsetzung einer Adoptionspflege gegen den Willen der ursprüngl Adoptionsbewerber ist schon wegen § 44 Abs 3 SGB VIII ausgeschlossen. Umgekehrt kann der Personensorgeberechtigte das Kind nur nach Maßgabe des § 1632 Abs 4 wieder aus der Pflegestelle entfernen (vgl BayObLGZ 1984, 98 = NJW 1984, 2168 = FamRZ 1984, 817; OLG Hamm NJW 1985, 3029).

Dem Zweck der Adoptionspflege entsprechend hat die **Adoptionsvermittlungsstelle** 11 gem § 56 d FGG eine **gutachtliche Äußerung** darüber abzugeben, ob das Kind und die Familie der Annehmenden für die Annahme geeignet sind. Das **JugA** selbst ist vor der Entscheidung des VormG nach § 49 Abs 1 Nr 1 m FGG **zu hören**, sofern es nicht bereits nach § 56 d als Adoptionsvermittlungsstelle eine Stellungnahme abgegeben hat.

III. Voraussetzungen der Adoptionspflege

1. Eignung der künftigen Adoptiveltern

12

Nach § 8 AdoptVermG darf ein Kind „erst dann zur Eingewöhnung bei den Adoptionsbewerbern in Pflege gegeben werden, wenn **feststeht, daß die Adoptionsbewerber für die Annahme als Kind geeignet sind**“. Im RegE (BT-Drucks 7/3421, 21) heißt es dazu im einzelnen:

„Die Inpfleggabe mit dem Ziel der Adoption bedarf einer äußerst sorgfältigen Vorbereitung. Die sog. Eingewöhnungs- oder Anpassungszeit (§ 1744) darf keinesfalls dazu dienen, eine von der Adoptionsvermittlungsstelle für zweifelhaft gehaltene Eignung der Annehmenden zu klären. Zweck der Eingewöhnungszeit ist es vielmehr, das Verhältnis der mit positivem Ergebnis überprüften Adoptionsbewerber zu dem Kind dadurch zu festigen, daß die Adoptionsbewerber das Kind wie leibliche Eltern selbst eine Zeit lang vor der Adoption betreuen. Die Adoptionsvermittlungsstelle soll so Gelegenheit erhalten, die Entwicklung der Eltern-Kindbeziehung zu beobachten, um im Rahmen der gutachtlichen Äußerung gegenüber dem Gericht vor dem Ausspruch der Adoption (§ 56 d FGG) endgültig beurteilen zu können, ob die ausgewählten Adoptionsbewerber als Eltern dieses bestimmten Kindes geeignet sind. Das Adoptionspflegeverhältnis ist demnach eine ‚Bewährungsprobezeit‘ und keine ‚Vorprüfungszeit‘.“

2. Zeitpunkt für das Vorliegen der Adoptionsvoraussetzungen

13

Die Adoptionsvoraussetzungen müssen nicht notwendigerweise alle im Zeitpunkt der Inpfleggabe erfüllt sein. So kann eine geringfügige **Unterschreitung des Mindestalters** hingenommen werden, wenn abzusehen ist, daß beim Ausspruch der Annahme als Kind (§ 1752) den Alterserfordernissen genügt sein wird. Keine Bedenken bestehen auch gegen eine Adoptionspflege, wenn die **elterl Einwilligung in die Adoption** zwar erklärt, dem VormG aber noch nicht zugegangen und damit noch nicht wirksam (§ 1750 Abs 1 S 3) geworden ist (AG Kamen DAVorm 1980, 45 ff; OVG Saarlouis DAVorm 1982, 905 ff). In Betracht kommt eine Adoptionspflege aber auch schon dann, wenn die Eltern ihre Einwilligung noch nicht erklärt haben, so etwa, wenn ein Kind ohne elterl Fürsorge in einem Heim lebt und mit der

elterl Einwilligung oder deren Ersetzung zu rechnen ist. Hier liegt es oft im Interesse des Kindes, möglichst schnell in die Familie seiner – wahrscheinlichen – Adoptiveltern aufgenommen zu werden, die dann allerdings über die Risiken eines eventuellen Nichtzustandekommens der Adoption informiert werden müssen (Münch-Komm-LÜDERITZ Rz 3).

14 3. Pflegeerlaubnis

Zur Adoptionspflege ist wie zur allg Familienpflege eine **Erlaubnis des JugA** gem § 44 SGB VIII erforderlich. Zuständig ist das JugA, in dessen Bezirk die Pflegeperson ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat (§ 79 Abs 1 SGB VIII). Reformbemühungen, die dahin gingen, entweder an die Ermittlungen vor Erteilung einer Pflegeerlaubnis erhöhte Anforderungen zu stellen oder aber für die Erteilung einer Pflegeerlaubnis an potentielle Adoptiveltern besondere Prüfungen zu verlangen, weil diese Inpflegegabe auf Dauer angelegt und jedes Risiko vermieden werden müsse, hatten sich nicht durchsetzen können (vgl JANS-HAPPE § 48 a JWG Anh 2 [§ 8] Erl 1). Die Maßgeblichkeit der allg Vorschrift des § 44 SGB VIII bedeutet ua, daß eine Pflegeerlaubnis für Minderjährige, die von Verwandten oder Verschwägerten bis zum 3. Grade aufgenommen werden (§ 44 Abs 1 Nr 3 SGB VIII), nicht notwendig ist.

15 4. Vertrag

Die Begründung der Adoptionspflege erfolgt durch **Vertrag** zwischen dem Inhaber des Personensorgerechts und der Pflegeperson. Haben die Eltern gem §§ 1747, 1750 Abs 1 in die Annahme eingewilligt, oder wurde ihre Einwilligung durch rechtskräftigen Beschluß des VormG gem § 1748 ersetzt, so wird das Kind durch das JugA als Vormund vertreten (§ 1751 Abs 1 S 2). Andernfalls steht den Eltern das **Vertretungsrecht** zu, es sei denn, ihnen wurde das Personensorgerecht in toto oder das Aufenthaltsbestimmungsrecht gem § 1666 entzogen. Zur rechtl Qualifizierung dieses Vertrags vgl oben Rz 10.

§ 1745

Die Annahme darf nicht ausgesprochen werden, wenn ihr überwiegende Interessen der Kinder des Annehmenden oder des Anzunehmenden entgegenstehen oder wenn zu befürchten ist, daß Interessen des Anzunehmenden durch Kinder des Annehmenden gefährdet werden. Vermögensrechtliche Interessen sollen nicht ausschlaggebend sein.

BT-Drucks 7/3061, 33 f; BT-Drucks 7/5087, 10.

Systematische Übersicht

I. Entstehungsgeschichte

1. Ursprüngliches Erfordernis der Kinderlosigkeit 1
2. Befreiung vom Erfordernis der Kinderlosigkeit 2
3. Regelung durch das FamRÄndG v 1961 3
4. Regelung des geltenden Rechts 4

II. Bewertung der Vorschrift

1. Abschaffung des Erfordernisses der Kinderlosigkeit 5
2. Schutz von Interessen der Kinder des Annehmenden und des Anzunehmenden 6
3. Gefährdung von Interessen des Anzunehmenden durch Kinder des Annehmenden 9

8. Titel. Annahme als Kind

III. Entgegenstehende Interessen der Kinder des Annehmenden

1. Allgemeines zum Abwägungsprozeß 10
2. „Kinder“ des Annehmenden 11
3. Nichtvermögensinteressen 14
4. Vermögensinteressen 15

IV. Entgegenstehende Interessen der Kinder des Anzunehmenden 19**V. Gefährdung von Interessen des Anzunehmenden durch Kinder des Annehmenden 20****VI. Verfahren und Beweislast**

1. Anhörungsrechte 22
2. Verletzung von Anhörungsrechten 25
3. Beweislast 26

Alphabetische Übersicht

Abwägung der betroffenen Interessen 10, 15, 21

Adoptivkind als „Kind des Annehmenden“ 11

Altersunterschied zu vorhandenen Kindern 20

Amtsermittlung durch das Vormundschaftsgericht 22

Anhörungsrecht

- des Kindes des Annehmenden 22 f
- der Großeltern 22
- nach altem Recht (vor 1976) 22

Enkel des Annehmenden 12

Entstehungsgeschichte 1 ff

Erbeil, Schmälerung des -s 10, 15, 23

Erwachsenenadoption 4, 15

finanzielle Leistungskraft des Annehmenden, Minderung durch Adoption 10, 15

Gefährdung der Interessen des Anzunehmenden 2 f, 9, 20 f

Gewichtung der betroffenen Interessen 10, 15, 18, 25 f

Großeltern

- Adoption durch 12
- Anhörung der 22

Interessen

- der Enkel des Annehmenden 12
- der Kinder des Annehmenden 2 ff, 6 f, 10 ff
- der Kinder des Anzunehmenden 6, 8, 19
- des Anzunehmenden 2 ff, 9 f, 18, 20 f
- des nasciturus des Anzunehmenden 13
- nichtvermögensrechtliche 14
- überwiegende 10
- vermögensrechtliche 2 f, 7, 10, 15 ff

Kinder des Annehmenden 11 f

Kinderlosigkeit

- Abschaffung des Erfordernisses der 4 f
- Befreiung vom Erfordernis der 2 ff
- Erfordernis der 1 ff

nasciturus als „Kind des Annehmenden“ 13

Nichtfeststellbarkeit von Tatsachen; objektive Beweislast 26

Nichtvermögensinteressen 14

Pflichtteil, Schmälerung des -s 15

Rechtliches Gehör

- Anspruch des Kindes des Annehmenden auf 22 ff
- – auf persönliche Anhörung 23
- Anspruch des Kindes des Anzunehmenden 24
- Folgen der Nichtgewährung 23, 25
- Rechtsentwicklung, internationale 5
- Rechtsordnungen, ausländische 5, 18

Stiefkindadoption 14, 17 f

Unterhaltsansprüche, Beeinträchtigung durch Adoption

- Ansprüche des Anzunehmenden 18
- Ansprüche gegen den Annehmenden 7, 17 f, 23

Unternehmen, elterliches

- Fortführung 15
- Gefahr der Zerschlagung 15

Verfahren der Sachverhaltsermittlung 22 ff

Verfahrenspfleger 23

Verfassungsbeschwerde wegen Nichtanhörung 23, 25

Vermögensinteressen 15 ff

Volljährigenadoption 4, 15

I. Entstehungsgeschichte

1 1. Ursprüngliches Erfordernis der Kinderlosigkeit

Vorläufer des heutigen § 1745 war § 1741, der in seiner ursprüngl. Fassung die Annahme an Kindes Statt ohne Befreiungsmöglichkeit nur demjenigen erlaubte, der „**keine ehelichen Abkömmlinge**“ hatte. Für diese Regelung des BGB v 1900 war die Überlegung maßgebend, daß beim Vorhandensein ehel. Abkömmlinge

„einerseits für eine Annahme an Kindesstatt regelmäßig ein Bedürfnis nicht vorliegt, andererseits dieselbe die Gefahr mit sich bringt, daß durch die Aufnahme eines fremden Kindes das häusliche Glück gestört und die Gelegenheit zu Mißhelligkeiten zwischen dem Annehmenden und dessen ehelichen Abkömmlingen gegeben wird, Mißhelligkeiten, welche namentlich daraus entstehen können, daß durch die Annahme an Kindesstatt die Hoffnungen der ehelichen Abkömmlinge in erbrechtlicher Hinsicht getäuscht werden“ (Mot IV 957).

Näher zur Rechtslage unter der Geltung des § 1741 aF GLÄSSING 57 ff.

2 2. Befreiung vom Erfordernis der Kinderlosigkeit

Nach dem 2. Weltkrieg erließen zunächst iJ 1948 die Länder der sowjetisch besetzten Zone und dann 1949 auch die Länder Württemberg-Hohenzollern und Rheinland-Pfalz Gesetze, welche die Erleichterung der Annahme an Kindes Statt, insbes. die Möglichkeit der Befreiung vom Erfordernis der Kinderlosigkeit des Annehmenden, vorsahen (vgl. Voraufll. Rz 3). Eine bundeseinheitliche Regelung brachte erst das **Ges zur Erleichterung der Annahme an Kindes Statt v 8.8.1950** (BGBl I 356). Sein § 1 sah gleichfalls die Möglichkeit vor, von dem Erfordernis der Kinderlosigkeit zu befreien. In häuslicher Gemeinschaft lebende Ehegatten mit gemeinschaftlichen Abkömmlingen konnten Befreiung nur für die gemeinschaftliche Annahme eines Kindes erhalten. Nach § 4 sollte die Befreiung nur bewilligt werden, wenn der Annahme an Kindes Statt keine überwiegenden Interessen der ehel. Abkömmlinge des Annehmenden entgegenstanden und wenn keine Gefährdung der Interessen des Anzunehmenden durch das Vorhandensein ehel. Abkömmlinge zu befürchten war; vermögensrechtl. Interessen der Beteiligten sollten idR nicht ausschlaggebend sein. – Das zunächst bis Ende 1952 befristete AdoptErleichtG wurde durch zwei weitere Ges v 1953 u 1955 verlängert. Diese waren aber ebenfalls jeweils befristet, so daß es am 31. 12. 1960 endgültig außer Kraft trat.

3 3. Regelung durch das FamRÄndG v 1961

Am 11. 8. 1961 wurde das FamRÄndG (BGBl I 1221) beschlossen. Die Möglichkeit der Befreiung vom Erfordernis der Kinderlosigkeit war nunmehr in § 1745 BGB geregelt. § 1745 a stellte Richtlinien auf, nach deren Abs 1 – entspr. der Regelung des AdoptErlG v 1950 – eine Befreiung vom Erfordernis der Kinderlosigkeit nur erfolgen sollte,

„wenn der Annahme an Kindes Statt keine überwiegenden Interessen der ehelichen Abkömmlinge des Annehmenden entgegenstehen und wenn keine Gefährdung der Interessen des Anzunehmenden durch das Vorhandensein ehelicher Abkömmlinge zu befürchten ist. Vermögensrechtliche Interessen der Beteiligten sollen nicht ausschlaggebend sein.“

Näheres zu den §§ 1745, 1745 a idF d. FamRÄndG v 1961 wie auch allg. zur Entstehungsgeschichte des heutigen § 1745 in der Voraufll. § 1745 Rz 1 f.

4. Regelung des geltenden Rechts

Das **Erfordernis der Kinderlosigkeit** wurde durch das AdoptG v 1976 **abgeschafft**. Der Gesetzgeber kam damit einer übereinstimmenden Empfehlung von Wissenschaft und Praxis nach (BT-Drucks 7/3061, 33; ENGLER 62 f). „Da die Annahme als Kind vor allem der Fürsorge erziehungsbedürftiger Kinder dienen soll, ist es erwünscht, wenn das angenommene Kind mit Geschwistern aufwachsen kann“ (BT-Drucks 7/3061, 29). Schutzwürdigen Interessen vorhandener Kinder wird durch § 1745 nF Rechnung getragen, eine Regelung, die weitgehend § 1745 a Abs 1 aF entspricht. In der Sache hat sich somit bei der Minderjährigenadoption gegenüber dem früheren Rechtszustand wenig geändert (so auch BT-Drucks 7/3061, 29, 33). Während vor der Reform die schutzwürdigen Interessen vorhandener Kinder bei der Befreiung vom Erfordernis der Kinderlosigkeit (§ 1745 a aF) geprüft wurden, sind sie heute im Rahmen des allg Adoptionsverfahrens, das mit dem Annahmeheschluß (§ 1752) endet, zu würdigen. Geändert hat sich allerdings die Rechtslage bei der **Erwachsenenadoption**, weil dort die Interessen vorhandener Kinder in § 1769 anders gewichtet sind als in § 1745 a aF, der gleichermaßen für die Minderjährigen- wie für die Erwachsenenadoption galt (Näheres § 1769 Rz 2). Die im Zuge der Reform gelegentlich erhobene Forderung, § 1745 a aF (und damit den heutigen § 1745) gänzlich zu streichen, weil es bei der Minderjährigenadoption keine schutzwürdigen Interessen vorhandener Kinder gebe, die sich nicht in den Interessen des Anzunehmenden widerspiegeln, und der Anzunehmende selbst durch § 1741 Abs 1 nF ausreichend geschützt sei (so der Deutsche Anwaltsverein, vgl BT-Drucks 7/5087, 10; auch LÜDERITZ 35 Fn 110), hat sich nicht durchsetzen können.

II. Bewertung der Vorschrift

1. Abschaffung des Erfordernisses der Kinderlosigkeit

5

Die Abschaffung des Erfordernisses der Kinderlosigkeit war überfällig. Obwohl die Erziehungswirksamkeit von Familien mit vielfältigen Faktoren zusammenhängt, sprechen eine Reihe wichtiger pädagogischer Gründe dafür, die Zahl der Kinder in einer Familie nicht zu klein zu halten (TOMAN, Familienkonstellation [4. Aufl 1987] 32 ff; LEMPP, Familie im Umbruch [1986] 89 ff; AURIN Z f Allgemeinmedizin 1979, 1403, 1405 ff). Das frühere Verständnis der Adoption, nach dem dieselbe „kinderlosen Personen“ von diesem „Mangel“ abhelfen sollte (Mot IV 952) und folglich beim Vorhandensein von Kindern keinen rechten Sinn haben konnte, ist längst einer Betrachtung gewichen, nach der die **Förderung des Kindeswohls der eigentliche Zweck der Annahme als Kind** ist. § 1745 trägt im übrigen dem EuAdoptÜbEink v 24. 4. 1967 Rechnung, das für die Bundesrepublik am 11. 2. 1981 in Kraft getreten ist (BGBl 1980 II 1093) und in Art 12 Abs 2 verbietet, einer Person die Kindesannahme deshalb zu untersagen, „weil sie ein eheliches Kind hat oder haben könnte“. Die Zulassung der Adoption durch Eltern, die bereits Kinder haben, entspricht der **internationalen Rechtsentwicklung**: Staaten, welche das Institut der Adoption erst im 20. Jh als ein Instrument der Sozialpolitik anerkannt haben, wie die nordischen Länder (*Dänemark* AdoptG v 26. 3. 1923, nunmehr AdoptG v 7. 6. 1972 Nr 279 idF d Bekanntmachung v 15. 9. 1986 Nr 629; *Schweden* AdoptG v 14. 6. 1917 u 28. 6. 1923, nunmehr 4. Kap §§ 1–11 des ElternG v 10. 6. 1949 Nr 381 idF d Ges v 15. 1. 1981 Nr 26; *Norwegen* AdoptG v 2. 4. 1917 Nr 1, nunmehr idF d Ges v 13. 6. 1980; *Finnland* Ges über Adoptivkinder v 5. 6. 1925 Nr 208, nunmehr Ges Nr 32 v 19. 1. 1979), *Großbritannien* (Adoption of Children Act v 1926, nunmehr Children Act v 1975 bzw Adoption Act v 1976) und die *Niederlande* (Ges v 26. 1. 1956 Stb 42, nunmehr idF v 13. 9. 1979), sahen von vornherein die Möglichkeit

der Adoption auch beim Vorhandensein eigener Kinder vor. Aber auch diejenigen Staaten, in denen die „Annahme an Kindes Statt“ ursprüngl als ein Mittel zur Tradierung von Familiennamen und Familiengut gedient hat, haben in den letzten Jahrzehnten fast ausnahmslos durch Gesetzesänderungen dieses Erfordernis gestrichen (*Schweiz* Art 264 ZGB Ges v 30. 6. 1972, Ausnahme Art 266 Abs 1 ZGB betr Erwachsenenadoption, vgl HEGNAUER, Grundriß des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts [3. Aufl 1989] 81 Rz 11.09; *Frankreich* Art 353 Cc Ges no 76–1179 v 22. 12. 1976, vgl PATUREAU D 1977 Chron 259; *Spanien* Art 172 Cc Ges v 4. 7. 1970, vgl BRAND Rev int dr comp 1985, 595, 597; *Italien* Art 6 d Ges Nr 184 v 4. 5. 1983 zur Regelung der Adoption und der Pflegekindschaft Minderjähriger, Ausnahme Art 291 Cc betr Erwachsenenadoption, vgl BRAND Rev int dr comp 1985, 631, 632 f).

6 2. Schutz von Interessen der Kinder des Annehmenden und des Anzunehmenden

Es entspricht allg Gerechtigkeitsvorstellungen, bei der Entscheidung über die Adoption die **Interessen der Kinder des Annehmenden** ebenso zu berücksichtigen wie die der Kinder **des Anzunehmenden**. Diese Interessen werden deshalb heute in § 1745 ausdrücklich geschützt.

7 Trotzdem fragt es sich, ob auf § 1745 nicht hätte verzichtet werden können, weil die einer Adoption entgegenstehenden **Interessen vorhandener Kinder** idR auf die in § 1741 Abs 1 geschützten Interessen des Anzunehmenden zurückschlagen (vgl BT-Drucks 7/5087, 10; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1). Dagegen sprechen indessen zwei Überlegungen: Wenn die vorhandenen Kinder des Annehmenden in gleicher Weise wie der Anzunehmende Schutz verdienen, dann ist nicht einzusehen, warum ihnen dieser Schutz nur mittelbar zuteil werden soll. Außerdem spiegeln sich die Interessen der eigenen Kinder nicht notwendigerweise in denen des Adoptivkindes wider. So kann die Adoption vorehel Kinder der Ehefrau durch den Ehemann diesen durchaus zum Vorteil gereichen, obwohl die Unterhaltsansprüche der eigenen Kinder des Mannes aus 1. Ehe in bedenklicher Weise geschmälert oder gar gefährdet werden. – Große Schwierigkeiten bereitet allerdings die Klärung der Frage, welche Interessen der Kinder des Annehmenden eine Adoption überhaupt entgegenstehen können. Vermögensinteressen sollen nach § 1745 S 2 nicht ausschlaggebend sein. Nichtvermögensinteressen, die einer Adoption entgegenstehen könnten, sind aber nur schwer ausfindig zu machen. Näheres zu dieser Problematik Rz 14.

8 Entbehrlich erscheint die besondere Hervorhebung der **Interessen der Kinder des Anzunehmenden**. Diese Interessen stehen bei der Annahme Volljähriger auf dem Spiel, sind dort aber in § 1769 besonders geregelt. Minderjährige Anzunehmende mit eigenen Kindern dürften die Praxis kaum jemals beschäftigen. Sollte dies doch einmal der Fall sein, so spiegeln sich die Interessen der Kinder des Annehmenden notwendigerweise im Interesse des Anzunehmenden selbst wider (anders BT-Drucks 7/3061, 34 unter 8; vgl auch unten Rz 19).

9 3. Gefährdung von Interessen des Anzunehmenden durch Kinder des Annehmenden

Soweit in § 1745 bestimmt ist, daß die **Interessen des Anzunehmenden** nicht durch Kinder des Annehmenden gefährdet werden dürfen, ist diese Regelung überflüssig (ENGLER FamRZ 1976, 586; ERMAN-HOLZHÄUER Rz 2; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 2; SOERGEL-ROTH-STIELOW [11. Aufl] Rz 1); denn Voraussetzung jeder Annahme

ist, daß sie dem Wohl des Kindes dient (§ 1741 Abs 1). Die Begründung des RegE (BT-Drucks 7/3061, 33), daß es „zweckmäßig“ sei, „darauf hinzuweisen, daß auch das anzunehmende Kind Schaden erleiden könnte, wenn sich das Verhältnis zu den Geschwistern nicht normal entwickeln würde“, überzeugt nicht. Auf „Hinweise“ sollte der Gesetzgeber verzichten.

III. Entgegenstehende Interessen der Kinder des Annehmenden

1. Allgemeines zum Abwägungsprozeß

10

Die Annahme darf nicht ausgesprochen werden, wenn ihr überwiegende Interessen der Kinder des Annehmenden entgegenstehen. Zunächst sind unter dem allg Aspekt des Kindeswohls (§ 1741 Abs 1) die **Interessen des Anzunehmenden** an der Adoption festzustellen. Sodann sind die der Adoption evtl entgegenstehenden **Interessen der Kinder des Annehmenden** zu ermitteln. Diese Interessen können materieller und immaterieller Art sein. Daß nach § 1745 S 2 vermögensrechtl Interessen nicht ausschlaggebend sein sollen, heißt nicht, daß sie nicht zu berücksichtigen sind (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 10; ROTH-STIELOW Rz 9; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6; SOERGEL-LIERMANN Rz 11; Vorauf § 1745 a Rz 6; OLG Oldenburg NdsRpfl 1952, 186; OLG Celle ZBlJugR 1960, 305, 306; LG Mannheim Die Justiz 1961, 14, 15; aA anscheinend OBERLOSKAMP DAVorm 1977, 89, 94). Sie können im Einzelfall sogar so gewichtig sein, daß sie eine Annahme verhindern. „Nicht sollen“ iS v § 1745 S 2 heißt „nicht dürfen“. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung, die im übrigen § 1745 a S 2 aF entspricht, vor allem klarstellen, daß die mit jeder Adoption verbundene Schmälerung des Erbteils der Geschwister und Minderung der finanziellen Leistungskraft der Eltern keine ausschlaggebende Gefährdung vorhandener Kinder darstellen, solange nicht besondere Umstände vorliegen (BT-Drucks 7/3061, 34 unter 7). Zu restriktiv erscheint angesichts des Gesetzeswortlauts („sollen nicht ausschlaggebend sein“) die in der Begründung des RegE (BT-Drucks 7/3061, 34 unter 7) enthaltene Aussage, daß vermögensrechtl Gesichtspunkte „ganz in den Hintergrund treten sollen und nur ganz ausnahmsweise ausschlaggebend sein können“. – Stehen Interessen und Gegeninteressen fest, so darf die Annahme nur dann nicht ausgesprochen werden, **wenn die Interessen der Kinder des Annehmenden** die des Anzunehmenden an der Adoption **überwiegen**.

2. „Kinder“ des Annehmenden

11

Der Schutz des § 1745 wird ehel und nichtehel Kindern des Annehmenden gleichermaßen zuteil. Den ehel Kindern sind bereits vorhandene Adoptivkinder gleichgestellt (vgl § 1754). Die Interessen von Stiefkindern, selbst wenn sie einbenannt wurden (§ 1618), werden v § 1745 ebensowenig erfaßt wie die von Pflegekindern. Werden ihre Interessen durch eine angestrebte Adoption erkennbar vernachlässigt, so dürfte allerdings fraglich sein, ob die Adoption nicht deshalb unterbleiben muß, weil die Annehmenden zur Erziehung nicht hinreichend geeignet sind.

Die Schutzvorschrift des § 1745 bezieht sich anders als § 1745 a aF nur auf „**Kinder**“, nicht auf „**Abkömmlinge**“ des Annehmenden. Aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich allerdings keine Hinw darauf, daß bei der Reform v 1976 insoweit an eine Änderung der bisherigen Regelung gedacht war (vgl BT-Drucks 7/3061, 33 unter 3). In der Lit wird die analoge Anwendung des § 1745 auf Kindeskinde diskutiert und allg bejaht (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 4; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 3; SOERGEL-LIERMANN Rz 3). Bei der Minderjährigenadoption hat die Frage indessen wenig praktische Bedeutung: „Großeltern“ kommen im Hinblick

12

auf das Kindeswohl als Annehmende kaum in Betracht. Außerdem ist nicht ersichtlich, welche schützenswerten Interessen der Enkel einer Adoption durch ihre Großeltern überhaupt entgegenstehen sollen, wenn die vermögensmäßigen Interessen ohnehin nachrangig sind. Die alte Regelung des § 1745 a war gerechtfertigt, weil sich die Bestimmung anders als der heutige § 1745 sowohl auf die Minderjährigen- als auch auf die Volljährigenadoption bezog.

- 13 Fraglich ist, ob mittels einer extensiven Interpretation des § 1745 auch der **nasciturus** geschützt werden muß (so GERNHUBER § 62 VIII Fn 4). Der nasciturus wird der natürlichen Person in allen Fällen gleichgestellt, in denen die Ausdehnung einer Vorschrift auf das werdende Leben möglich und sinnvoll ist (zB §§ 844 Abs 2, 1923 Abs 2, 1912). In der Konsequenz dieser Wertung liegt es, die obige Frage zu bejahen. Ist der nasciturus allerdings ein nichtehel Kind des Annehmenden, so scheitert sein Schutz möglicherweise an der Notwendigkeit einer vorgängigen Vaterschaftsfeststellung (§ 1600 a, vgl aber § 1600 b Abs 2).

14 3. Nichtvermögensinteressen

Obwohl S 2 mit der Hintanstellung vermögensrechtl Interessen signalisiert, daß in erster Linie Nichtvermögensinteressen vorhandener Kinder berücksichtigt werden sollen, spielen diese in der Praxis unter dem besonderen Aspekt des § 1745 kaum eine Rolle. Der Grund liegt darin, daß in den Fällen, in denen vorhandene Kinder durch die Hinzuadoption eines weiteren Kindes Gefahr laufen, in ihrer Pflege, Betreuung oder Erziehung vernachlässigt zu werden, bereits die vorgängige Frage, ob die Adoption überhaupt dem Kindeswohl dient, in aller Regel zu verneinen ist. Auch dann, wenn zu erwarten ist, daß sich die Annehmenden einseitig dem neuen Kind zuwenden, dürfte es bereits an den für eine Adoption erforderlichen erzieherischen Fähigkeiten fehlen. In den die Praxis beschäftigenden Fällen der Annahme von Kindern des Ehepartners zum Nachteil eigener vor- oder erstehel Kinder, die beim anderen Elternteil leben, stehen typischerweise nicht immaterielle, sondern materielle Interessen auf dem Spiel. An den guten oder schlechten Beziehungen des nichtsorgeberechtigten Elternteils zu seinen leibl Kindern ändert sich jedenfalls durch eine Stiefkindadoption nur wenig (vgl MünchKomm-LÜDERITZ Rz 9; SOERGEL-LIERMANN Rz 12; aA anscheinend BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; ERMAN-HOLZHAUER Rz 5). Nicht überzeugen kann deshalb eine Entscheidung des OLG Oldenburg (NdsRpfl 1952, 186), in der es heißt, daß durch die Stiefkindadoption die Gefahr einer Entfremdung zwischen dem Annehmenden und seinem bei der Mutter lebenden 9 Jahre alten Sohn eintreten würde. Kein schutzwürdiges Interesse liegt dem Wunsch des aus 1. Ehe stammenden Kindes zugrunde, das sich einer Adoption der Kinder der 2. Ehefrau durch seinen Vater widersetzt, weil die 2. Ehefrau die Ehe seiner Eltern zerstört habe (anders noch: OLG Hamburg ZBIJugR 1954, 31 sowie die Voraufll § 1745 a Rz 5; krit dazu: SOERGEL-ROTH-STIELOW, 11. Aufl, Rz 6).

15 4. Vermögensinteressen

Vorhandene Kinder haben nach der Wertung von S 2 grds die mit der Adoption verbundene **Schmälerung ihres gesetzl Erb- und Pflichtteilsrechts sowie die Minderung der finanziellen Leistungskraft ihrer Eltern** hinzunehmen. Anders ist die Rechtslage bei der Erwachsenenadoption, wo in § 1769 eine § 1745 S 2 entspr Regelung fehlt, die Vermögensinteressen vorhandener Kinder also stärkeren Schutz genießen. Im Spannungsfeld zwischen § 1745 und § 1769 darf indessen nicht übersehen werden, daß die **typisierende Unterscheidung zwischen Minderjährigen und**

Volljährigenadoption notwendigerweise nur eine grobe Erstorientierung erlaubt. So fallen bei der Adoption eines fast volljährigen Kindes die Vermögensinteressen vorhandener Kinder uU erheblich stärker ins Gewicht als bei der Adoption eines Kleinkindes. Umgekehrt können bei der Annahme eines volljährigen Pflegesohnes, der schon seit seiner Kindheit in der Familie der Annehmenden lebt, die vermögensrechtl Interessen vorhandener Kinder im Abwägungsprozeß eine geringere Rolle spielen als sonst bei einer Erwachsenenadoption. Vermögensrechtl Interessen fallen auch dann stärker ins Gewicht, wenn das vorhandene Kind bereits erwachsen ist, sich für die Fortführung des elterl Unternehmens engagiert hat und ausgebildet wurde und durch die Pflichtteilsansprüche des Anzunehmenden eine Zerschlagung des Unternehmens zu besorgen ist (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 12; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6; ERMAN-HOLZHAUER Rz 4).

Wachsen die vorhandenen eigenen Kinder des Annehmenden in derselben Familie 16 auf wie der Anzunehmende, so spiegeln sich ihre Vermögensinteressen idR in denen des künftigen Adoptivkindes wider. Die Adoption hat zu unterbleiben, wenn es an den nötigen Mitteln fehlt, ein weiteres Familienmitglied zu ernähren.

Schwierig zu beurteilen sind die **Fälle, in denen die bereits vorhandenen Kinder 17 nicht der (faktischen) Familie des Annehmenden angehören**. In erster Linie geht es dabei um die **Adoption von Stiefkindern** zum Nachteil der beim anderen Elternteil lebenden erst- oder vorehel Kinder des Annehmenden. Müssen diese Kinder es hinnehmen, daß ihre Unterhaltsansprüche durch die Adoption von Stiefkindern geschmälert oder gar gefährdet werden? In Lit u Rspr besteht insoweit keine völlige Klarheit: Nach SOERGEL-LIERMANN (Rz 11) muß die Adoption unterbleiben, wenn die eigenen Kinder sonst „der Sozialfürsorge anheimfallen“, nach ENGLER (Voraufß § 1745 a Rz 6), „wenn die Gefahr wirtschaftlicher Not begründet würde“. LÜDERITZ (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 11) meint, ein Annahmeantrag sei auch dann abzulehnen, wenn das leitende Motiv der Stiefkindadoption die Verkürzung von Unterhaltsansprüchen eigener Kinder sei. Der BGH (FamRZ 1984, 378 = JR 1984, 328 mAnm BÖHMER = DAVorm 1984, 387) scheint in einem obiter dictum die Grenze bei der drohenden Inanspruchnahme von Sozialhilfe zu ziehen. Im übrigen hat sich die Rspr vor allem unter der Herrschaft des alten § 1745 a zu dieser Problematik geäußert. Das LG Mannheim (Die Justiz 1961, 14, 15) nahm überwiegende, der Adoption entgegenstehende Interessen der erstehel Kinder an, wenn zu befürchten ist, daß diese „nicht einmal mehr den gegenwärtig geschuldeten Unterhaltsbetrag infolge der hinzutretenden Unterhaltsverpflichtung erhalten werden“. Das OLG Oldenburg (NdsRpfl 1952, 186) stellte auf eine „erhebliche Beeinträchtigung“ der Unterhaltsansprüche ehel Kinder ab, und das OLG Hamm (StAZ 1954, 109) meinte, eine Stiefkindadoption dürfe nicht erfolgen, wenn der Annehmende „ernstliche Versuche unternahme, sich der Unterhaltspflicht gegenüber seinen Kindern zu entziehen“.

Eine objektive Grenze, bis zu der eine **Beeinträchtigung von Unterhaltsansprüchen 18 bei der Stiefkindadoption** hinzunehmen ist, läßt sich nicht ziehen. Der Grund liegt darin, daß das im Abwägungsprozeß zu berücksichtigende Wohl des Anzunehmenden (§ 1741 Abs 1) bei einer Stiefkindadoption recht unterschiedlich tangiert sein kann (Näheres dazu § 1741 Rz 33). Eine Stiefkindadoption ändert grds nichts daran, daß „dieses Kind in dieser Familie“ aufwächst. Den Beteiligten kommt es oft nicht in erster Linie auf die Veränderung von Rechtspositionen (Sorgerecht, Unterhalt, Erbrecht), sondern darauf an, das Kind in einer Art Symbolakt als eigenes „anzunehmen“ (vgl FRANK 80 f mNachw). Auch wenn dieser Symbolwert für das gedeihliche Zusammenleben der Beteiligten von erheblicher Bedeutung sein kann, bleibt festzuhalten, daß das Wohl des Stiefkindes eine Adoption in vielen Fällen

nicht mit der gleichen Intensität gebietet wie etwa das Wohl eines Heimkindes, das in eine neue Familie aufgenommen werden soll. Unabhängig davon sollte nicht übersehen werden, daß eine ganze Reihe von Gründen gegen die Stiefkindadoption schlechthin sprechen; vgl dazu und zu der insoweit restriktiven Adoptionspraxis in anderen Ländern § 1741 Rz 34). Diese Überlegungen rechtfertigen es, bei der Stiefkindadoption die unterhaltsrechtl Interessen vor- oder erstehel Kinder nicht ausnahmslos, aber doch oft stärker ins Gewicht fallen zu lassen als bei anderen Minderjährigenadoptionen. Das gilt vor allem auch dann, wenn mit der Adoption durch den Stiefvater ohne Not Unterhaltsansprüche des Anzunehmenden gegen den leibl Vater preisgegeben werden (so der Fall LG Mannheim Die Justiz 1961, 14, 15). Die Dauer des Stiefkindverhältnisses spricht zwar für eine „Besiegelung“ des faktischen Eltern-Kind-Verhältnisses durch Adoption (BGB-RGRK-DICKESCHEID Rz 5; vgl auch AG Darmstadt DAVorm 1981, 933), ist aber für sich allein kein ausreichender Grund, gesetzl Unterhaltsansprüche vorhandener eigener Kinder zu verkürzen. Solange das deutsche Recht – anders als manche ausländische Rechtsordnungen (*Großbritannien* Sec 1 b iVm sec 88 [1] [b] Domestic Proceedings and Magistrates Courts Act 1978, vgl BROMLEY, Bromley's family law [7. Aufl 1987] 606f; *Niederlande* Art 392 Abs 1 c BW; *Schweden* Kap 7 § 5 des ElternG v 10. 6. 1949; *UdSSR* Art 80 des Ehe- u Familiengesetzbuchs der RSFSR v 1969; *Schweiz* Art 159 Abs 2 u 3, 163 ZGB: mittelbarer Unterhalt wegen der Beistandspflicht des Stiefelternteils gegenüber seinem Ehegatten, vgl HEGNAUER, Berner Kommentar: Das Familienrecht, Adoption [1975] Rz 31 ff zu Art 272) – Stiefkindern keine Unterhaltsansprüche zuerkennt, liegt darin eine Wertung, die mit Hilfe des Rechtsinstituts der Adoption zum Nachteil vorhandener Kinder nur überspielt werden kann, wenn *andere* Gründe eine Annahme nahelegen. Wird eine Stiefkindadoption primär angestrebt, um die gesetzl Unterhaltsansprüche vorhandener Kinder zu verkürzen, so ist der Annahmeantrag abzulehnen (so auch MünchKomm-LÜDERITZ Rz 11; OLG Hamm StAZ 1954, 109). Dem Annehmenden geht es hier nicht um das Wohl des Stiefkindes; seine Interessen wiegen jedenfalls gering gegenüber den Interessen erst- oder vorehel Kinder. Rückschlüsse auf die Motivation des Annehmenden erlaubt sein Verhalten bei der Erfüllung der Unterhaltsansprüche in den zurückliegenden Jahren.

19 IV. Entgegenstehende Interessen der Kinder des Anzunehmenden

Die Annahme darf nicht ausgesprochen werden, wenn ihr überwiegende Interessen der Kinder des Anzunehmenden entgegenstehen. Der Gesetzgeber hat diese **unschädliche, aber überflüssige Regelung** (vgl Rz 8) für erforderlich gehalten, weil sich nach §§ 1754, 1755 die Wirkungen der Annahme auf die Kinder des Anzunehmenden erstrecken. Ein Interessengegensatz zwischen dem minderjährigen Anzunehmenden und dem Kind, das sich nur im Säuglings- oder Kleinkindalter befinden kann, ist indessen nicht zu erkennen. An der rechtl Zuordnung des Kindes zu dem Elternteil, der adoptiert werden soll, ändert sich durch die Annahme ohnehin nichts. Auch evtl Geschwister (ein allerdings recht theoretischer Fall) bleiben dem Kind erhalten. Wenn ein „Austausch“ der sonstigen Verwandtschaft dem Wohl des Anzunehmenden dient, so gilt gleiches auch für sein Kind. Was insbes den Verlust der leibl Großeltern durch das Kind anbelangt, so müssen diese als Eltern des Anzunehmenden ohnehin in die Adoption einwilligen (§ 1747). Wollen die Annehmenden zwar die Mutter, nicht aber deren nichtehel Kind faktisch in die neue Familie integrieren (Beispiel nach MünchKomm-LÜDERITZ Rz 14), so dient die Annahme auch nicht dem Wohl des Anzunehmenden.

V. Gefährdung von Interessen des Anzunehmenden durch Kinder des Annehmenden 20

Hat der Annehmende Kinder und ist zu besorgen, daß sich daraus Interessenbeeinträchtigungen für den Anzunehmenden ergeben, die nicht durch Vorteile in anderen Belangen überwogen werden, so darf das VormG die Annahme nicht aussprechen. Zur Berechtigung der Vorschrift und ihrem Verhältnis zu § 1741 Abs 1 vgl Rz 7. Zunächst ist zu prüfen, ob durch das Vorhandensein von Kindern Interessen des Anzunehmenden beeinträchtigt werden. Das ist idR nicht der Fall, wenn das anzunehmende Kind noch klein und der **Altersunterschied** zu den bereits vorhandenen Kindern dem natürlicher Geschwister entspricht. Probleme können sich vor allem ergeben, wenn die vorhandenen Kinder schon älter sind und sich durch die unerwartete Adoption eines Nachkömmlings zurückgesetzt fühlen oder überraschend finanzielle Einschränkungen befürchten müssen.

Ist eine Beeinträchtigung bestimmter Interessen zu besorgen, so führt dies noch **21** nicht zur Ablehnung der Annahme; eine **Interessenabwägung** ist auch hier – obwohl sich die Vorschrift durchaus in anderem Sinne verstehen ließe – erforderlich (PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2).

VI. Verfahren und Beweislast

1. Anhörungsrechte

22

Das VormG (§ 1752) hat im Rahmen des Annahmeverfahrens den für § 1745 entscheidungserheblichen Sachverhalt **von Amts wegen zu ermitteln** (§ 12 FGG). Auch wenn das VormG in diesem Zusammenhang die **Kinder des Annehmenden** anhören muß, ist nicht gesagt, daß diesen auch ein **Anspruch auf rechtl Gehör** zusteht; denn es ist zwischen der Anhörung der Beteiligten zur Aufklärung des Sachverhalts (Amtsermittlungsgrundsatz, § 12 FGG) und ihrer Anhörung zur Gewährung rechtl Gehörs (Art 103 Abs 1 GG) zu unterscheiden (HABSCHEID § 20 I; KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 12 Rz 104). Die Anhörung zur Gewährung rechtl Gehörs dient nicht primär der Sachaufklärung, sondern der Wahrung der Würde der Person (Art 1 Abs 1 GG) des von einem gerichtl Verfahren Betroffenen; „sie soll verhindern, daß über seinen Kopf hinweg kurzerhand von Obrigkeit wegen verfügt wird“ (KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 12 Rz 105). Obwohl eine gesetzl Regelung fehlt, gesteht die hA den Kindern des Annehmenden wegen des in § 1745 zum Ausdruck kommenden Schutzes ihrer Interessen einen Anspruch auf rechtl Gehör zu (BVerfG NJW 1988, 1963 = FamRZ 1988, 1247 mAnm FRANK-WASSERMANN betr Erwachsenenadoption; BayObLGZ 1986, 57, 59 = NJW-RR 1986, 872, 873 = FamRZ 1986, 719, 720 li Sp u mAnm BOSCH betr Erwachsenenadoption; MünchKommLÜDERITZ Rz 17 in Abweichung von der Voraufll Rz 16; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 8; SOERGEL-LIERMANN Rz 13; aA SOERGEL-ROTH-STIELOW [11. Aufl] Rz 10). Das ist nicht unproblematisch. Zwar kann nicht in Abrede gestellt werden, „daß eine Adoption die Rechtsposition des Kindes eines Annehmenden insbesondere in unterhalts- und erbrechtlicher Hinsicht verändert“ (so BVerfG NJW 1988, 1963 = FamRZ 1988, 1247 mAnm FRANK-WASSERMANN). Allein dieser Umstand genügt aber nicht, um eine **materielle Betroffenheit** iS v BVerfGE 60, 7, 13 = NJW 1982, 1635 zu bejahen. Auch die **Rechtsposition der leibl und Adoptiv-Großeltern** wird – wie die sonstiger Verwandter – durch die Kindesannahme verändert, ohne daß diesen Personen ein Anspruch auf rechtl Gehör zugestanden würde. Entscheidend ist, ob das materielle Recht die auf Blutsverwandtschaft basierenden Rechtsbeziehungen vor Veränderungen durch Adoption schützt. Während das bei den Großeltern zu verneinen ist, besteht ein solcher Schutz im Fall der Kinder des Annehmenden.

den aufgrund des § 1745 durchaus. Vor 1976, als noch eine förmliche Befreiung vom Erfordernis der Kinderlosigkeit vonnöten war (§ 1745 aF), bestimmte der im Zuge der Reform ersatzlos gestrichene § 68 a FGG ausdrücklich, daß das Gericht die leibl Abkömmlinge des Annehmenden „hören solle“. Wenn auch aus der ersatzlosen Streichung von § 68 a FGG nicht geschlossen werden darf, daß die verfahrensrechtl Stellung der Kinder des Annehmenden verschlechtert werden sollte (vgl MünchKomm-LÜDERITZ Rz 17), so verdient doch Beachtung, daß die ehemals gesetzl verankerte Anhörung in Rspr u L seinerzeit gerade nicht als eine dem rechtl Gehör, sondern lediglich der Sachaufklärung dienende Vorschrift verstanden wurde (BayObLGZ 1965, 313, 315 = NJW 1966, 354 = FamRZ 1965, 525; BASSENGE FGG [1. Aufl 1973] § 68 a Anm 1; BUMILLER-WINKLER FGG [1. Aufl 1974] § 68 a Anm 2; JANSEN FGG Bd II [2. Aufl 1970] § 68 a Rz 10). Trotzdem dürfte de lege lata die Regelung des § 1745, die zwar keinen Bestandsschutz gewähren, wohl aber vor besonders nachteiligen Veränderungen schützen soll, die Annahme eines Anspruchs auf rechtl Gehör nahelegen.

23 Nicht richtig ist indessen die Auffassung, daß der Anspruch auf rechtl Gehör auch dazu zwingt, **das Kind** „ab Verstandesreife, jedenfalls ab Vollendung des 14. Lebensjahrs (§ 50 b Abs 2 FGG analog)“ (so MünchKomm-LÜDERITZ Rz 17, ebenso BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7; iE SOERGEL-LIERMANN Rz 13, 14) **persönlich zu hören**. Auch im Verfahren der fG sind die Eltern oder der Vormund grds Sachwalter des Kindesinteresses. Anders als in den Fällen des § 50 b Abs 2 FGG wird durch die Hinzuadoption eines Kindes nicht die Personensorge für bereits vorhandene Kinder tangiert, auch nicht die Vermögenssorge. Überdies erscheint eine persönliche Anhörung des Kindes nach § 50 b Abs 2 S 2 FGG wegen der potentiellen Beeinträchtigung erb- oder unterhaltsrechtl Belange nicht angezeigt. Zur Bestellung eines „Verfahrenspflegers“ bei Interessengegensatz zwischen gesetzl Vertreter und Vertretenem vgl KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 12 Rz 111. Wer in der Nichtanhörung eines 14- bis 18jährigen Kindes des Annehmenden einen Verstoß gegen Art 103 Abs 1 GG sieht, sollte sich vor allem über die Konsequenzen Gedanken machen; denn nach der (nicht unproblematischen) Auffassung des BVerfG (NJW 1988, 1963 = FamRZ 1988, 1247 mAnm FRANK-WASSERMANN) führt die Verletzung des Anspruchs auf rechtl Gehör dazu, daß im Falle einer Verfassungsbeschwerde das Annahmeverhältnis ohne Rücksicht darauf aufzuheben ist, ob die Voraussetzungen des § 1745 vorliegen oder nicht (Näheres dazu unten Rz 25).

24 **Anspruch auf rechtl Gehör** haben auch die **Kinder des Anzunehmenden**, weil auch ihre Interessen in § 1745 ausdrücklich geschützt werden (allg M; vgl MünchKomm-LÜDERITZ Rz 16; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7; SOERGEL-LIERMANN Rz 13).

25 2. Verletzung von Anhörungsrechten

Die Kinder des Annehmenden und des Anzunehmenden haben ein Recht auf Anhörung (Rz 23). Wird es verletzt, so ist der Beschluß zwar nicht mit ordentlichen Rechtsmitteln anfechtbar (§ 56 e S 3 FGG), dem Betroffenen steht aber die Verfassungsbeschwerde offen. Entgegen der Ansicht des BVerfG (NJW 1988, 1963 = FamRZ 1988, 1247 mAnm FRANK-WASSERMANN) führt die Nichtgewährung rechtl Gehörs allerdings nicht schon dann zur Annahme einer Grundrechtsverletzung und zur Begründetheit der Verfassungsbeschwerde, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, daß bei Anhörung eine dem Bf günstigere Entscheidung ergangen wäre. Ob die Verfassungsbeschwerde begründet ist, ergibt sich vielmehr erst nach Abwägung der aus Art 103 Abs 1 GG einerseits und Artt 6 Abs 1, 1 Abs 1, 2 Abs 1 GG andererseits folgenden Grundrechtspositionen der Beteiligten. Dabei wird im Be-

reich der Minderjährigenadoption das verfassungsrechtlich geschützte Interesse des Kindes und seiner neuen Familie am Fortbestand der Adoption idR den Vorrang haben (näher hierzu § 1759 Rz 12 sowie auch die oben zitierte Anm.).

3. Beweislast

26

Die Prüfung, ob überwiegende Interessen der Kinder des Annehmenden oder des Anzunehmenden einer Adoption entgegenstehen oder ob Interessen des Anzunehmenden durch Kinder des Annehmenden gefährdet werden, erfordert eine **Prognose**, die notwendigerweise mit **Unsicherheiten** verbunden ist, auch wenn die entscheidungserheblichen Tatsachen feststehen. Mit Beweislast hat diese Frage nichts zu tun (unklar insoweit BGB-RGRK-DICKESCHEID Rz 9). Vielmehr führt eine geringere Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung lediglich zu einer minderen Gewichtung des Interesses. Können **entscheidungserhebliche Tatsachen nicht festgestellt** werden, so beantwortet das materielle Recht die Frage, wer die Folgen der Nichtfeststellbarkeit zu tragen hat (sog. materielle oder objektive Beweislast). Nach dem Regel-Ausnahmeverhältnis des § 1745 muß die Annahme ausgesprochen werden, falls kein Gegengrund festgestellt werden kann (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 6; BGB-RGRK-DICKESCHEID Rz 9; ebenso Vorauf § 1745 a Rz 10, 13 zum alten Recht). Soweit es allerdings um die Gefährdung von Interessen des *Anzunehmenden* durch Kinder des Annehmenden geht, ist zu beachten, daß es sich hier in Wirklichkeit um einen Teilaspekt der Frage handelt, ob die Adoption dem Wohl des Kindes dient (§ 1741 Abs 1). Kann diese Frage nicht positiv beantwortet werden, so muß die Annahme unterbleiben (SOERGEL-ROTH-STIELOW [11. Aufl] Rz 4; BGB-RGRK-DICKESCHEID Rz 9; vgl auch § 1752 Rz 19).

§ 1746

Zur Annahme ist die Einwilligung des Kindes erforderlich. Für ein Kind, das geschäftsunfähig oder noch nicht vierzehn Jahre alt ist, kann nur sein gesetzlicher Vertreter die Einwilligung erteilen. Im übrigen kann das Kind die Einwilligung nur selbst erteilen; es bedarf hierzu der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Die Einwilligung bedarf bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit des Annehmenden und des Kindes der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Hat das Kind das vierzehnte Lebensjahr vollendet und ist es nicht geschäftsunfähig, so kann es die Einwilligung bis zum Wirksamwerden des Ausspruchs der Annahme gegenüber dem Vormundschaftsgericht widerrufen. Der Widerruf bedarf der öffentlichen Beurkundung. Eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist nicht erforderlich.

Verweigert der Vormund oder Pfleger die Einwilligung oder Zustimmung ohne triftigen Grund, so kann das Vormundschaftsgericht sie ersetzen.

BT-Drucks 7/3061, 34–36; BT-Drucks 7/5087, 10; BT-Drucks 10/504, 86.

Systematische Übersicht

- | | |
|---|---|
| <p>I. Normzweck und Entstehungsgeschichte</p> <p>1</p> <p>II. Einwilligung des noch nicht 14 Jahre alten oder geschäftsunfähigen Kindes</p> <p>1. Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter 5</p> | <p>a) Gesetzlicher Vertreter des ehelichen Kindes 5</p> <p>b) Gesetzlicher Vertreter des nichtehelichen Kindes 9</p> <p>2. Sonderfälle 10</p> <p>a) Stiefkindadoption 10</p> <p>b) Inkognitoadoption 15</p> |
|---|---|

4. Buch. 2. Abschnitt. Verwandtschaft

3. Ersetzung der Einwilligung 16
- a) des Vormunds oder Pflegers 16
- b) der Eltern 20
4. Form der Einwilligung 21
5. Maßgeblicher Zeitpunkt 22
6. Mängel der Einwilligung 23

III. Einwilligung des über 14 Jahre alten Kindes

1. Persönliche Einwilligung des Kindes 25
2. Widerruf der Einwilligung 26
3. Zustimmung des gesetzlichen Vertreters 29
- a) Allgemeines 29

- b) Verweigerung der Zustimmung 30
- c) Form, Adressat und Widerruf der Zustimmung 31
- d) Mängel der Zustimmung 33

IV. Einwilligung bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit des Annehmenden und des Kindes

1. Entstehungsgeschichte 34
2. Voraussetzungen für die Anwendung v Abs 1 S 4 35
3. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Erteilung der Genehmigung 37

Alphabetische Übersicht

Adressat 6 f, 21, 25, 32, 37

- der Einwilligungserklärung 6 f, 21, 25, 37
- der Zustimmungserklärung 32

Altersgrenze für die persönliche Einwilligung 1 f, 22

Amtsermittlung 1

Anhörungsrecht 1, 33

Anspruch auf rechtliches Gehör 33

Ausländer 34, 36

- Adoption durch einen 34
- Adoption eines -s 36

Auslandsadoption, vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei der 36

Beurkundung 21, 25, 27

- notarielle 21, 25
- öffentliche 27

Dekretsystem 1, 11, 13, 15, 36

Einwilligung des Kindes 1 ff, 21 ff

- Adressat der Einwilligungserklärung 6, 21, 25
- durch den gesetzlichen Vertreter 5 ff, 22
- Fehlen der 23
- Form der 21, 25
- Genehmigung der – durch das Vormundschaftsgericht 4, 34 ff
- in ausländischen Rechtsordnungen 1 f
- Mangel der 23 f
- persönliche 2, 22, 25
- Rechtscharakter der 11, 37
- Verhältnis zur Einwilligung der Eltern 6 ff, 29
- Widerruf der 3, 21 f, 26 ff
- Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur 22, 29 ff
- Zwischenentscheidung über Notwendigkeit oder Wirksamkeit der 24

Einwilligung, Ersetzung der (siehe Ersetzung der Einwilligung)

Einwilligung, Genehmigung der (siehe Genehmigung der Einwilligung)

Entstehungsgeschichte 1 ff, 34

Entziehung der Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters 8, 13

Ergänzungspfleger, Bestellung eines -s für die Einwilligung 6, 9 f, 13, 15

Ersetzung 1, 8, 16 ff, 30

- der Einwilligung 1, 8, 16 ff
- der Eltern 8, 20
- des Vormunds oder Pflegers 1, 16 ff
- Rechtsmittel gegen die 19
- Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für die 19
- der Zustimmung 30

Form 7, 21, 25, 27, 31

- der Einwilligung 7, 21, 25
- der Zustimmung 31
- des Widerrufs der Einwilligung 27

Formularpraxis 7

Genehmigung der Einwilligung 4, 34 ff

- Fehlen der 36
- Zeitpunkt der Erteilung der 37

Grund, triftiger für die Verweigerung 17 ff, 30

- der Einwilligung 17 ff
- der Zustimmung 30

Inkognitoadoption 15

Mängel 23 f, 33

- der Einwilligung des Kindes 23 f
- der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters 33

Normzweck 1 f

Pfleger als Vertreter des Kindes 1, 6, 9 f, 13 ff, 30

- Bestellung eines Ergänzungspflegers 6, 9 f, 13, 15

8. Titel. Annahme als Kind

- Verweigerung der Einwilligung durch den 1, 16 ff
- Verweigerung der Zustimmung durch den 30
- zukünftige Adoptiveltern als 14
- Rechtsordnungen, ausländische 1 f, 34 ff
- Staatsangehörigkeit, unterschiedliche von Annehmendem und Kind, 4, 34 ff
- Stiefkindadoption 6, 10 ff, 29
- Vertragssystem 1, 10, 13, 15, 36
- Vertreter, gesetzlicher des Kindes 5 ff, 22
 - Ausschluß eines Elternteils als 10 ff
 - des ehelichen Kindes 5 ff
 - des nichtehelichen Kindes 9
 - Einwilligung durch den 5 ff, 22
 - Entziehung der Vertretungsmacht 8, 13
 - Wechsel nach Abgabe der Einwilligungserklärung 22
 - Zustimmung des -s (siehe Zustimmung des gesetzlichen Vertreters)
- Verwandte, Adoption durch – des gesetzlichen Vertreters 14
- Verweigerung 1, 8, 16 ff, 30
 - der Einwilligung 1, 8, 16 ff
 - durch die Eltern 8, 20
 - durch den Vormund oder Pfleger 1, 16 ff
 - triftiger Grund für die 17 ff
 - der Zustimmung 30
- Vormund als Vertreter des Kindes 1, 5, 9, 13, 14, 16 ff, 30
- Verweigerung der Einwilligung durch den 1, 16 ff
- Verweigerung der Zustimmung durch den 30
- zukünftige Adoptiveltern als 14
- Vormundschaftsgericht 4, 6, 16 ff, 25, 30, 32, 34 ff
 - als Adressat der Einwilligungserklärung 6, 21, 25
 - als Adressat der Zustimmungserklärung 32
 - Ersetzung der Einwilligung durch das 16 ff
 - Ersetzung der Zustimmung durch das 30
 - Genehmigung der Einwilligung durch das 4, 34 ff
- Widerruf 3, 21 f, 26 ff, 32
 - der Einwilligung des Kindes, 3, 21 f, 26 ff
 - der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters 32
- Zustimmung des gesetzlichen Vertreters 22, 29 ff
 - Ersetzung der 30
 - Verweigerung der 30
 - zum Widerruf der Einwilligung durch das Kind 28
 - zur Einwilligung des Kindes 22, 29 ff
 - Adressat der 32
 - Fehlen der 33
 - Form der 31
 - Mängel der 33
 - persönliche 32
 - Widerruf der 32

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1

1. Vor der Reform v 1976 war das Kind als Vertragspartner am Zustandekommen der Adoption beteiligt (§§ 1741, 1751 aF). Seit 1976 muß das minderjährige Kind – nach dem Wechsel vom Vertrags- zum Dekretsystem (§ 1752) – gem § 1746 in die Annahme einwilligen. **Ob eine solche Einwilligung zweckmäßig oder gar notwendig ist, läßt sich** jedenfalls im Hinblick auf das geschäftsunfähige oder noch nicht 14 Jahre alte Kind **bezweifeln**: denn nach § 1741 setzt die Annahme ohnehin voraus, daß sie dem Wohl des Kindes dient, und verfahrensrechtl ist durch § 12 FGG (Amtsermittlungsgrundsatz) iVm gesetzl geregelten Anhörungsrechten (insbes § 55 c FGG) gewährleistet, daß alle für oder gegen eine Adoption sprechenden Umstände gewürdigt werden. Ausländische Rechtsordnungen verzichten deshalb weitgehend auf eine besondere Einwilligung des Anzunehmenden, soweit dieser ein bestimmtes Mindestalter, ab dem ein *persönliches* Mitspracherecht sinnvoll erscheint, noch nicht erreicht hat (so *Belgien* Art 348 § 3 Cc: Einwilligung ab 15 Jahren; *Dänemark* § 6 Abs 1 AdoptG: ab 12 Jahren; auch die *ehemalige DDR* § 69 Abs 1 FGB: ab 14 Jahren). Gegen § 1746 läßt sich auch anführen, daß der gesetzl Vertreter, der für das geschäftsunfähige oder noch nicht 14 Jahre alte Kind die Einwilligung erklärt, oft die leibl Eltern selbst sind, die nach Maßgabe des § 1747 ohnehin in die Annahme einwilligen müssen. Man fragt sich zu Recht, welche Vorteile hier eine doppelte Einwilligung bringen soll. Trotz dieser Bedenken

verdient die Regelung des § 1746 Zustimmung. Der gesetzl Vertreter als Sachwalter des Kindesinteresses kann beim Zustandekommen einer Adoption nicht übergangen werden. Wird das geschäftsunfähige oder noch nicht 14 Jahre alte Kind von einem oder beiden Elternteilen vertreten, so bringt die durch den gesetzl Vertreter zu erklärende Einwilligung zwar keine neuen Erkenntnisse, ist aber auch unschädlich. Ist der gesetzl Vertreter kein leibl Elternteil, so erscheint seine Einwilligung unverzichtbar, nicht so sehr, weil die Einschaltung des Vertreters in das Verfahren zusätzliche Informationen verspricht (so ERMAN-HOLZHAUER Rz 2), sondern weil die vom Vertreter übernommene Verantwortung für das Kind auch zu einer *Entscheidung* im Namen des Kindes nötig ist. Verweigert der Vormund oder Pfleger die Einwilligung ohne triftigen Grund, so kann sie durch das VormG nach Abs 3 ersetzt werden.

- 2 2. Ist der Anzunehmende 14 Jahre alt und nicht geschäftsunfähig, so kann er die Einwilligung nur selbst erteilen, bedarf allerdings der Zustimmung seines gesetzl Vertreters (Abs 1 S 3). Die **14-Jahresgrenze** entspricht deutscher Rechtstradition insofern, als schon nach der ursprüngl Fassung des BGB (§ 1750 aF) das 14 Jahre alte nicht geschäftsunfähige Kind den Adoptionsvertrag nur selbst schließen konnte (Näheres zur Entstehungsgeschichte VoraufI § 1751 Rz 1 ff). Andere Rechtsordnungen setzen die Altersgrenze teils niedriger (zB *Polen* Art 118 ZGB: 13 Jahre; *Dänemark* § 6 Abs 1 AdoptG: 12 Jahre; *UdSSR* Art 103 Ehe- u Familienkodex der RSFSR v 1969: 10 Jahre), teils höher (zB *Belgien* Art 348 § 3 Cc: 15 Jahre; *Frankreich* Art 360 Abs 2 Cc: 15 Jahre bei der einfachen Adoption; *Monaco* Art 270 Cc u 271 Cc: 15 Jahre sowohl bei der einfachen als auch bei der Volladoption) an. Die Regelung des geltenden Rechts steht in Einklang mit zahlreichen anderen Bestimmungen, die beim 14 Jahre alten Kind von einem erhöhten Maß an Selbstbestimmung ausgehen, so zB bei der Namensänderung (§§ 1617 Abs 2 S 2, 1618 Abs 2), der Ehelicherklärung (§§ 1729, 1740 c), der Verteilung des elterl Sorgerechts nach der Scheidung (§ 1671 Abs 4), der Vaterschaftsanerkennung (§ 1600 d Abs 2) sowie im fG-Verfahren durch die Einräumung von Anhörungs- und Beschwerderechten (§§ 50 b, 59 FGG). Das Abstellen auf eine starre Altersgrenze, über deren Fixierung im einzelnen man diskutieren kann, ist aus Gründen der Rechtssicherheit unerlässlich (BT-Drucks 7/3061, 35 Nr 7).
- 3 3. Abweichend von § 1754 Abs 1 S 2 aF, der eine Bindung der Vertragschließenden schon vor der gerichtl Bestätigung des Vertrags vorsah (Näheres VoraufI § 1754 Rz 42), ist seit der Reform v 1976 die **Einwilligung des 14 Jahre alten** nicht geschäftsunfähigen **Kindes** bis zum Wirksamwerden des Ausspruchs der Annahme **frei widerruflich** (§ 1746 Abs 2).
- 4 4. **Abs 1 S 4** wurde durch das **Ges zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts v 25. 7. 1986** (BGBl I 1142) in das BGB eingefügt. Die Regelung betrifft den Sonderfall, daß Annehmender und Kind unterschiedliche Staatsangehörigkeiten besitzen. Hier bedarf die Einwilligung des Kindes der sonst nicht erforderlichen Genehmigung des VormG. Näheres unten Rz 34–37.

II. Einwilligung des noch nicht 14 Jahre alten oder geschäftsunfähigen Kindes

1. Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter

5 a) Gesetzlicher Vertreter des ehelichen Kindes

Gesetzl Vertreter des ehel Kindes sind **beide Eltern** (§ 1626), sofern ihnen das für die Einwilligung nach Abs 1 S 2 maßgebliche Recht der Personensorge zusteht. Ist nur **ein Elternteil** kraft Ges (zB §§ 1678, 1681) oder kraft richterl Entscheidung (zB

§§ 1671, 1672, 1674, 1680 iVm 1666) Inhaber des Personensorgerechts, so erklärt er allein die Einwilligung. Steht die Sorge für die Person des ehel Kindes einem **Vormund oder Pfleger** zu (§§ 1773, 1909), so ist dieser zur Vertretung des Kindes berufen. Befindet sich das Kind in Adoptiopflege, so ist § 1751 Abs 1 zu beachten.

Sind die **Eltern** (oder ein Elternteil) **Inhaber des Personensorgerechts**, so fragt es sich, ob sie sowohl in ihrer Eigenschaft als Eltern gem § 1747 als auch als Vertreter des Kindes gem § 1746 in die Annahme einwilligen müssen. Die Frage ist wegen des klaren Gesetzeswortlauts zu bejahen, obwohl eine doppelte Einwilligung wegen der nicht trennbaren Mischung eigener und fremder Interessen wenig sinnvoll erscheint (vgl oben Rz 1). Die Verwobenheit eigener und fremder Interessen bewirkt jedenfalls nicht, daß die Eltern **in entspr Anwendung des § 181** von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen sind, oder daß nach §§ 1629 Abs 2 S 2, 1796, 1909 ein Ergänzungspfleger zu bestellen wäre (so zutr BEITZKE § 33 II 7; zur Rechtslage vor der Reform v 1976 vgl die Hinw bei GERNHUBER § 62 V Fn 9, auch unten Rz 20); denn die Einwilligung der Eltern einerseits und des Kindes vertreten durch seine Eltern andererseits sind keine gegeneinander gerichteten, sondern parallellaufende Erklärungen an das VormG als Adressaten. Ein ad hoc bestellter Ergänzungspfleger (§ 1909) könnte im übrigen zur Entscheidungsfindung nach § 1752 aus eigener Erfahrung kaum etwas beitragen. Die Rechtslage ähnelt der bei einer Stiefkindadoption (vgl unten Rz 13), wo Rspr und L es ebenfalls nicht als einen Verstoß gegen § 1795 Abs 1 Nr 1 ansehen, wenn ein Ehegatte als Vertreter seines Kindes in die Adoption durch den anderen Ehegatten einwilligt.

Erklärt ein vertretungsberechtigter Elternteil ohne nähere Angaben die „Einwilligung in die Annahme des Kindes“, so ist davon auszugehen (§ 133), daß diese Erklärung sowohl die Einwilligung nach § 1746 als auch die nach § 1747 umfaßt (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 6; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4; SOERGEL-LIERMANN Rz 6; einschr GERNHUBER § 62 VI 4), zumal beide Einwilligungen gem § 1750 Abs 1 der gleichen Form bedürfen und an den gleichen Adressaten zu richten sind. Schon vor der Reform v 1976 wurde allg im Vertragsschluß durch die Eltern zugleich ihre Einwilligung nach § 1747 aF gesehen (BayObLGZ 21, 197, 199; VoraufI § 1747 Rz 28). Die Formularpraxis unterscheidet heute noch sprachlich klar zwischen beiden Erklärungen (vgl APPELL-KANZLEITER, Formularbuch und Praxis der fG [18. Aufl 1983] Rz 832 unter § 4: ... als Mutter und als gesetzl Vertreterin).

Da es sich bei den Einwilligungen nach §§ 1746 u 1747 um zwei selbständige Erklärungen handelt, auch wenn sie von derselben Person abgegeben werden, ist es denkbar, daß die eine Einwilligung erteilt, die andere verweigert wird. Es besteht kein Anlaß, in einem solchen Fall anzunehmen, es läge wegen Widersprüchlichkeit der Äußerung überhaupt keine wirksame Erklärung vor (so aber ERMAN-HOLZHAUER Rz 10; dagegen GERNHUBER § 62 VI Fn 10; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; SOERGEL-LIERMANN Rz 6). Vielmehr ist zu prüfen, ob die verweigerte Einwilligung der Eltern nach § 1748 zu ersetzen oder bei verweigertem Vertreterhandeln die Vertretungsmacht zu entziehen ist (dazu unten Rz 20).

b) Gesetzlicher Vertreter des nichtehelichen Kindes

9

Gesetzl Vertreter des nichtehel Kindes ist die **Mutter** (§ 1705), im Falle einer Adoption jedoch das **JugA** in seiner Eigenschaft **als Amtspfleger** (§§ 1706 Nr 1, 1709). Ob diese Regelung gerechtfertigt ist, mag bezweifelt werden; der automatische Eintritt der Amtspflegschaft mit der Geburt des Kindes ist vor allem durch die Konfliktsituation der Mutter begründet, welche die Interessen ihres Kindes gegenüber dem Erzeuger oft nicht mit dem nötigen Nachdruck verfolgt. Bei einer

Adoption des Kindes durch Dritte besteht indessen kein Grund, die Mutter eines nichtehel Kindes anders zu behandeln als die eines ehelichen. Die Mutter ist jedoch dann vertretungsbefugt, wenn nach § 1707 Abs 1 Nr 1 angeordnet wurde, daß die Amtspflegschaft nicht eintritt, oder wenn diese nach § 1707 Abs 1 Nr 2 später aufgehoben wurde. In diesen Fällen ist wie beim ehel Kind (oben Rz 6) zwischen der Einwilligung der Mutter nach § 1747 und der des Kindes vertreten durch seine Mutter nach § 1746 zu unterscheiden. – Wird der Mutter die elterl Sorge entzogen (§ 1666), so endet damit auch die Amtspflegschaft des JugA. Dem bestellten Einzelvormund stehen auch die Befugnisse nach § 1706 zu, es sei denn, daß ein Bedürfnis besteht, insoweit eine Ergänzungspflegschaft nach § 1909 anzuordnen (OLG Hamm Rpfleger 1985, 146 = DAVorm 1985, 502). Befindet sich das Kind in Adoptionspflege, so ist § 1751 Abs 1 zu beachten.

2. Sonderfälle

10 a) Stiefkindadoption

Will ein Ehegatte das Kind des anderen annehmen, so stellt sich die Frage, ob der andere **Ehegatte als Vertreter seines noch nicht 14 Jahre alten Kindes** die Einwilligung nach § 1746 erteilen kann oder ob er von der Vertretung gem §§ 1629 Abs 2, 1795 Abs 1 ausgeschlossen und statt seiner ein Ergänzungspfleger gem § 1909 zu bestellen ist. Vor der Reform v 1976 erfolgte die Adoption durch Vertrag, den nach dem klaren Wortlaut des § 1795 Abs 1 Nr 1 der leibl Elternteil nicht als Vertreter des Kindes mit dem Stiefelternteil schließen konnte (allgM, vgl VoraufI § 1751 Rz 16; KG Berlin JW 1935, 870; auch KG Berlin OLGZ 1968, 70 = NJW 1968, 942 und BGH NJW 1971, 841 für die Zustimmung des gesetzl Vertreters zur Einwilligung des über 14 Jahre alten Kindes nach § 1751 Abs 2 aF).

- 11 Unstreitig ist heute, daß nach dem Wechsel zum Dekretsystem eine **unmittelbare Anwendung der §§ 1629 Abs 2, 1795 Abs 1 nicht mehr möglich** ist. Zwar gilt § 1795 Abs 1 Nr 1 auch für einseitige Rechtsgeschäfte, auch wenn die Erklärung einer Behörde gegenüber abzugeben ist, sofern nur das Rechtsgeschäft nach seinem Inhalt unmittelbar Wirkungen zwischen dem Mündel und dem Ehegatten des Vormunds hervorruft (SOERGEL-DAMRAU § 1795 Rz 2; MünchKomm-SCHWAB § 1795 Rz 24). Jedoch ist die Adoption nicht mehr als Rechtsgeschäft ausgestaltet; außerdem kann die Einwilligung nicht als einseitiges Rechtsgeschäft verstanden werden. Der Antrag des Annehmenden und die Einwilligungen nach den §§ 1746, 1747 sind vielmehr Verfahrenshandlungen (BGH NJW 1980, 1746, 1747 = FamRZ 1980, 675, 676 = DAVorm 1980, 474, 475); denn sie werden „unabhängig voneinander, parallelgehend, nicht einander, sondern ausschließlich der Behörde gegenüber abgegeben“ (OLG Hamm OLGZ 1978, 405, 409 = NJW 1979, 49, 50 = FamRZ 1978, 945, 947). Sie bewirken nicht unmittelbar eine Änderung des Eltern-Kind-Verhältnisses. Diese wird erst durch den Beschluß des VormG nach § 1752 herbeigeführt.
- 12 Auch § 1795 Abs 1 Nr 1 ist nicht anzuwenden, weil das Adoptionsverfahren als fG-Verfahren kein Rechtsstreit iS d § 1795 Abs 1 Nr 3 ist (BGH NJW 1980, 1746 mHinw auf BayObLG NJW 1961, 2309; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5; aA MünchKomm-SCHWAB § 1795 Rz 36 u 26).
- 13 Von einem Teil der Lit (ENGLER Rpfleger 1977, 274; MünchKomm-SCHWAB § 1795 Rz 26) und der älteren Rspr (OLG Stuttgart FamRZ 1979, 1077 = DAVorm 1979, 693; LG Stuttgart FamRZ 1977, 413; LG Traunstein NJW 1977, 2167) wird jedoch **eine analoge Anwendung des § 1795 Abs 1 Nr 1** befürwortet, weil sich an dem

Interessenwiderstreit in der Person des leibl Elternteils durch den Wechsel zum Dekretsystem nichts geändert habe. Gegen eine analoge Anwendung von § 1795 Abs 1 Nr 1 spricht, daß abstrakte oder konkrete Interessengegensätze zwischen Vormund und Mündel ein Vertreterhandeln nicht in jedem Falle, sondern nur unter den in § 1795 genannten Voraussetzungen ausschließen. Das ergibt sich klar aus § 1796 Abs 2, der für die nicht von § 1795 erfaßten Fälle lediglich die Möglichkeit einer Entziehung der Vertretungsmacht durch das VormG vorsieht. In Statussachen sollte man außerdem wegen des Gebots der Rechtssicherheit mit Analogien besonders vorsichtig sein (BRÜGGEMANN FamRZ 1977, 656, 658); immerhin stellt die fehlende Einwilligung des Kindes einen Aufhebungsgrund nach § 1760 Abs 1 dar. Unabhängig davon ist bei einer Stiefkindadoption ein abstrakter Interessenkonflikt des vertretungsberechtigten leibl Elternteils zwar nicht auszuschließen, aber doch eher gering einzuschätzen; denn eine Stiefkindadoption „besiegelt“ typischerweise rechtlich nur, was sich faktisch bereits vollzogen hat. Der Lebenserfahrung entspricht es jedenfalls nicht, daß der vertretungsberechtigte leibl Elternteil deshalb gegen die Interessen seines Kindes verstößt, weil er sich seinem annahmewilligen Ehepartner gegenüber „befangen“ fühlt. Was schließlich das Argument anbelangt, daß sich an der Konfliktsituation durch den Wechsel vom Vertrags- zum Dekretsystem nichts geändert habe, so ist diese Feststellung in der Tat richtig. Da die Adoption alten Rechts jedoch als Vertrag ausgestaltet war und § 1795 für Verträge *jedweder* Art galt, war für eine Prüfung des konkreten Interessengegensatzes von vornherein kein Raum. Von Rspr u L wird deshalb heute zu Recht überwiegend eine **analoge Anwendung der §§ 1629 Abs 2, 1795 Abs 1 Nr 1 abgelehnt** (BGH NJW 1980, 1746 = FamRZ 1980, 675 = DAVorm 1980, 474; BayObLG FamRZ 1981, 93 = DAVorm 1980, 859; OLG Hamm OLGZ 1978, 405 = NJW 1979, 49 = FamRZ 1978, 945; OLG Schleswig DAVorm 1979, 440; LG Berlin FamRZ 1977, 660; LG Bonn NJW 1977, 2168; LG Lüneburg NdsRpfl 1979, 219; LG Saarbrücken DAVorm 1978, 124; BRÜGGEMANN FamRZ 1977, 656, 658; ROTH-STIELOW NJW 1978, 203; HENRICH, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen – BGB – Familienrecht [3. Aufl 1990] 90f; GERNHUBER § 62 V 5; BEITZKE § 33 II 7; ERMAN-HOLZHAUER Rz 9 in Abweichung v der VoraufL Rz 8; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5; SOERGEL-LIERMANN Rz 9; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 8). In besonderen Konfliktsituationen („erheblicher Gegensatz“ iS v § 1796 Abs 2) kann dem leibl Elternteil nach §§ 1629 Abs 2 S 3, 1796 die Vertretungsmacht entzogen und ein Ergänzungspfleger nach § 1909 bestellt werden.

Soll das Kind nicht vom Ehemann, sondern von einem **Verwandten des gesetzl 14 Verteters in gerader Linie** adoptiert werden, so gelten die §§ 1629, 1795 ebenfalls nicht (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 8 aE; SOERGEL-LIERMANN Rz 9; zu den grds Bedenken gegen eine Adoption durch Großeltern vgl § 1741 Rz 20–22). Dieselbe Rechtslage besteht, wenn die künftigen Adoptiveltern als Vormund oder Pfleger des Kindes fungieren (SOERGEL-LIERMANN Rz 9; KUBITZ StAZ 1985, 111). Auch sie können ohne weiteres für das Kind die Einwilligung gem § 1746 erteilen.

b) Inkognitoadoption

15

Unter dem **Vertragssystem** war umstr., ob die leibl Eltern ihr Kind beim Vertragsschluß auch im Falle einer Inkognitoadoption vertreten konnten oder ob insoweit ein Ergänzungspfleger zu bestellen war (Nachw VoraufL § 1751 Rz 11). Soweit die Bestellung eines Ergänzungspflegers gefordert wurde, wurde diese Auffassung entweder damit begründet, daß es gelte, eine Interessenkollision in der Person des gesetzl Vertreters zu vermeiden, oder damit, daß nur so einer Aufdeckung des Inkognitos begegnet werden könne (WEBER DNotZ 1951, 517, 520f mwNachw). Nach dem Übergang zum **Dekretsystem** hat sich an der Interessenlage nichts

geändert. Sie steht indessen einer Vertretung des Kindes durch seine Eltern bei Erklärung der Einwilligung nicht im Wege (oben Rz 6). Was die **Gefährdung des Inkognitos** anbelangt, so ist für die eigene Einwilligung der Eltern nicht erforderlich, daß ihnen die Person des Annehmenden bekannt ist (§ 1747 Abs 3 S 2). Gleiches hat zu gelten, wenn die Eltern als Vertreter ihres Kindes gem § 1746 in die Annahme einwilligen (heute allgM, vgl GERNHUBER § 62 V 6; SOERGEL-LIERMANN Rz 13). Die ohnehin bedeutungslose Einwilligung des von seinen Eltern vertretenen Kindes (vgl oben Rz 1) gerät indessen völlig zur Farce, wenn die Eltern spezifische Kindesinteressen wahrnehmen sollen, obwohl sie über die künftigen Lebensumstände nur in allg Form von dritter Seite informiert werden.

3. Ersetzung der Einwilligung

16 a) des Vormunds oder Pflegers

- Ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund oder Pfleger, so kann das VormG gem § 1746 Abs 3 seine Einwilligung ersetzen. Der Gesetzgeber wollte damit erreichen, daß ein Vormund oder Pfleger, der die Einwilligung verweigert, nicht sogleich entlassen werden muß (BT-Drucks 7/3061, 36 Nr 14; zum früheren Recht OLG Hamm DNotZ 1957, 436, 440 und BayObLGZ 1962, 151, 158), obgleich diese Möglichkeit auch heute noch besteht (§ 1886).
- 17 Eine Ersetzung der Einwilligung nach § 1746 Abs 3 scheidet jedoch aus, wenn der Vormund oder Pfleger die Einwilligung aus einem triftigen Grund verweigert. Nach dem RegE (BT-Drucks 7/3061, 36 Nr 14) ist die Formulierung „**triftiger Grund**“ in Anlehnung an § 3 Abs 3 EheG gewählt worden, wo er als objektiv einsehbarer Grund verstanden wird (BGHZ 21, 340). Der weitere Hinweis auf § 1838 BGB ergibt dagegen keinen Sinn (war § 1386 Abs 3 gemeint?).
- 18 Der Vormund verweigert die Einwilligung zur Adoption jedenfalls dann aus triftigem Grund, wenn die Voraussetzungen zur Annahme als Kind fehlen (BayObLGZ 1989, 70 = FamRZ 1989, 1336 = Rpfleger 1989, 368). Über die Frage, wann ein triftiger Grund *fehlt*, besteht indessen vom theoretischen Ansatz her keine Einigkeit. Nach LÜDERITZ (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 8) fehlt er schon dann, „wenn die Annahme im Interesse des Kindes liegt“. Da indessen jede Adoption im Interesse des Kindes liegen muß, kommt nach dieser Auffassung der Einwilligung des gesetzl Vertreters keine inhaltliche Bedeutung zu. Nach ROTH-STIELOW (Rz 8) fehlt es an einem triftigen Grund, wenn das Unterbleiben der Adoption dem Kind zu einem unverhältnismäßigen Nachteil iSd § 1748 reichen würde (ebenso SOERGEL-LIERMANN Rz 16). Der richtige Lösungsansatz dürfte zwischen diesen beiden Ansichten liegen: Es überzeugt einerseits nicht, daß der Einwilligung des gesetzl Vertreters inhaltlich überhaupt keine Bedeutung zukommen soll, obwohl dieser die Interessen des Kindes verantwortlich wahrzunehmen hat. Es bestehen andererseits Bedenken, dem Kind durch das Unterlassen der Adoption Nachteile aufzubürden, die nur nicht „unverhältnismäßig“ sein dürfen. Der Vergleich mit § 1748 hinkt, weil es dort um die Grenzen des durch Art 6 GG geschützten Elternrechts geht. Daß eine Adoption die Situation des Kindes verbessert und somit in seinem Interesse liegt, heißt nicht, daß die Adoption die einzig mögliche Lösung darstellt. Das Kind könnte zB anderen Adoptionsbewerbern anvertraut werden. Selbst die Frage des „Ob“ einer Adoption ist oft schwierig zu entscheiden, weil Risiken abgeschätzt, Prognosen gewagt, Vor- und Nachteile abgewogen werden müssen. Das gilt insbes für die oft kompliziert gelagerten Fälle der Stiefkind- und Verwandtenadoption. Hier muß eine **vernünftige Entscheidung des Vertreters** auch dann respektiert werden, wenn das VormG

eine andere Ansicht vertritt (zutr BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 17). In diesem Sinne hat das OLG Stuttgart (OLGZ 1980, 110) jedenfalls iE zutr entschieden, daß der Vormund des nichtehel Kindes die Zustimmung zur Annahme des Kindes durch den nichtehel Vater nicht ohne triftigen Grund verweigert, wenn das Kind (nach dem Tode seiner Mutter) in dem Familienverband seines Stiefvaters verwurzelt ist.

Über die Ersetzung der Einwilligung kann **ohne Antrag** entschieden werden (vgl 19 BT-Drucks 7/3061, 36 Nr 14). **Zuständig** ist das VormG, das auch über den Annahmeantrag zu befinden hat (§ 43 b FGG). Es entscheidet der Richter (§ 14 Nr 3 f RPflG). Die Ersetzung ergeht als Zwischenentscheidung im Annahmeverfahren. Gegen den Ersetzungsbeschluß ist **sofortige Beschwerde** (§§ 60 Abs 1 Nr 6, 53 Abs 1 S 2 FGG) möglich. Wurde die Einwilligung nicht ersetzt, so ist zu differenzieren: Hat das VormG die Frage des triftigen Grundes inzidenter im Rahmen des Annahmeverfahrens geprüft, so kann nur der Annehmende gegen die endgültige Zurückweisung seines Antrags gem § 20 Abs 2 FGG vorgehen (vgl BayObLG FamRZ 1983, 532 = ZBIJugR 1983, 431, 433). Erfolgte die Prüfung außerhalb des Adoptionsverfahrens, so kann jeder in seinen Rechten Beeinträchtigte (§§ 19, 20 Abs 1 FGG), auch das 14 Jahre alte nicht geschäftsunfähige Kind (§ 59 FGG), die Entscheidung mit der einfachen Beschwerde angreifen (vgl OLG Stuttgart OLGZ 1980, 110, 111).

b) der Eltern

20

Nach dem Ges kann nur die eigene Einwilligung der Eltern iS v § 1747 ersetzt werden (§ 1748), nicht aber diejenige, die die Eltern gem § 1746 Abs 1 S 2 für das Kind abgeben. § 1746 Abs 3 sieht eine Ersetzungsmöglichkeit ausdrücklich nur für den Fall vor, daß ein Vormund oder Pfleger gesetzl Vertreter des Kindes ist. Diese unterschiedliche Behandlung der Eltern einerseits und des Vormunds oder Pflegers andererseits ist durch nichts gerechtfertigt (so auch MünchKomm-LÜDERITZ Rz 7; aA ROTH-STIELOW Rz 1). Der Gesetzgeber hat indessen das Problem durchaus gesehen. Im RegE (BT-Drucks 7/3061, 35 Nr 4) heißt es:

„Ist die Mutter oder der Vater oder sind beide Eltern zu dieser Vertretung berechtigt und weigern sie sich, die Einwilligung für das Kind zu erklären, kann die Erklärung nicht ersetzt werden. Der Entwurf folgt damit dem geltenden Recht. Den Eltern kann allerdings das Recht zur Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten entzogen werden (§ 1666). Die Voraussetzungen dafür werden vorliegen, wenn die Einwilligung des Elternteils nach § 1748 ersetzt wurde, aber in der Regel auch dann, wenn ein Elternteil die elterliche Einwilligung unwiderrufbar (§ 1750 Abs. 2) erklärt hat und sich weigert, die Einwilligung für das Kind zu erklären.“

Eines Verfahrens nach § 1666 bedarf es jedoch entgegen dem RegE nicht, wenn die Einwilligung der Eltern gem § 1748 ersetzt wurde; denn in diesem Fall ruht die elterl Sorge (§ 1751 Abs 1 S 1), und das JugA wird kraft Ges Vormund (§ 1751 Abs 1 S 2). Es kann nunmehr als gesetzl Vertreter des Kindes die Einwilligung gem § 1746 erklären. Weigert es sich, so besteht die Möglichkeit der Ersetzung nach Abs 3 (GERNHUBER § 62 V 9; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4; SOERGEL-LIERMANN Rz 6). Obwohl dieses Vorgehen schwerfällig erscheint und auch keinen rechten Sinn ergibt (warum soll das JugA, das erst nach Abschluß des Ersetzungsverfahrens Vormund wird, im nachhinein nochmals prüfen, ob die Adoption dem Wohl des Kindes dient?), läßt das geltende Recht keine andere Lösung des Problems zu. Insbes geht es nicht an, auf den „unnützen Formalakt“ der Einwilligung nach § 1746 zu verzichten, wenn die elterl Einwilligung nach § 1748 ersetzt wurde (so aber Münch-Komm-LÜDERITZ Rz 7; ebenso iE ERMAN-HOLZHAUER Rz 5).

21 4. Form der Einwilligung

Nach § 1750 Abs 1 ist die Einwilligung dem VormG gegenüber zu erklären und bedarf der **notariellen Beurkundung**. Die Einwilligung ist bedingungs-, befristungsfeindlich sowie unwiderruflich (§ 1750 Abs 2).

22 5. Maßgeblicher Zeitpunkt

Alle Annahmeveraussetzungen müssen im **Zeitpunkt des Ausspruchs der Annahme** (§ 1752) vorliegen. Die nach Maßgabe des § 1750 erklärte und wirksam gewordene Einwilligung ist jedoch unwiderruflich (§ 1750 Abs 2 S 2), so daß selbst ein Wechsel des gesetzl Vertreters die einmal erteilte Einwilligung nicht mehr in Frage stellen kann. **Wird der Anzunehmende** nach Erklärung der Einwilligung durch den gesetzl Vertreter, aber **vor Ausspruch der Annahme 14 Jahre alt**, so ist entgegen der hM (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 18; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 4; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 11; BT-Drucks 7/3061, 35 Nr 11) die persönliche Einwilligung des Kindes nach Abs 1 S 3 erforderlich. Zwar stellt die vor Vollendung des 14. Lebensjahres vom gesetzl Vertreter erklärte Einwilligung eine Einwilligung des *Kindes* dar. Diese kann jedoch nicht über das 14. Lebensjahr hinaus zu Lasten des Kindes fortwirken, da Abs 1 S 3 sinngemäß, aber unmißverständlich die persönliche Einwilligung von Kindern verlangt, die vor Erlaß des Adoptionsbeschlusses die Altersgrenze von 14 Jahren erreichen. Mit dem Hinw darauf, daß das Kind die von seinem Vertreter erklärte Einwilligung widerrufen könne (so RegE BT-Drucks 7/3061, 35 Nr 11 und ihm folgend die L, zB ERMAN-HOLZHAUER Rz 8; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 18; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 4), wird weder der ratio legis noch den Interessen des Kindes Rechnung getragen, das uU von dieser Möglichkeit keine Kenntnis hat (vgl auch MünchKomm-LÜDERITZ Rz 18). Eine besondere Zustimmung des gesetzl Vertreters nach Abs 1 S 3 ist indessen entbehrlich, wenn der Vertreter bereits nach Abs 1 S 2 eingewilligt hat. Die Zustimmung ist in der Einwilligung enthalten.

23 6. Mängel der Einwilligung

Kommt es zum Ausspruch der Annahme trotz Fehlens der Einwilligung des Kindes, so kann das **Annahmeverhältnis** nur unter den engen Voraussetzungen des § 1760 wieder **aufgehoben** werden. Wurde die Einwilligung erteilt, war sie aber mit Willensmängeln behaftet, so berühren diese die Wirksamkeit der Erklärung nur nach Maßgabe des § 1760 Abs 2.

- 24 Fraglich ist, ob schon vor Erlaß des Adoptionsdekrets selbständig über die Notwendigkeit oder Wirksamkeit einer Einwilligung nach § 1746 entschieden werden kann. Das Problem wird vor allem im Zusammenhang mit der elterl Einwilligung nach § 1747 diskutiert, kann aber auch bei § 1746 relevant werden. Richtiger Ansicht nach sollte hier eine **Zwischenentscheidung** sowohl vor als auch nach der Stellung des Annahmeantrags möglich sein, um so der Gefahr zu begegnen, daß die spätere Kindesannahme mit einem drohenden Aufhebungsverfahren belastet wird (Einzelheiten unter § 1752 Rz 21 u § 1750 Rz 13).

III. Einwilligung des über 14 Jahre alten Kindes

25 1. Persönliche Einwilligung des Kindes

Hat das Kind das 14. Lebensjahr vollendet und ist es nicht geschäftsunfähig, so kann es die Einwilligung nur selbst (Abs 1 S 3) und wegen § 1750 Abs 3 S 1 nur

persönlich erteilen. Zur 14-Jahresgrenze vgl oben Rz 2. Die Einwilligung ist dem VormG gegenüber zu erklären (§ 1750 Abs 1 S 1). Sie bedarf nach § 1750 Abs 1 S 2 der **notariellen Beurkundung**. Zur Belehrungspflicht der Urkundsperson vgl § 17 BeurkG.

2. Widerruf der Einwilligung

26

Abweichend von § 1754 Abs 1 S s aF, der eine Bindung der Vertragschließenden und somit auch des 14 Jahre alten Anzunehmenden schon vor der gerichtl Bestätigung des Vertrags vorsah (Näheres Vorauf § 1754 Rz 42), ist seit der Reform v 1976 die Einwilligung des 14 Jahre alten, nicht geschäftsunfähigen Kindes **bis zum Wirksamwerden des Ausspruchs der Annahme frei widerruflich** (§ 1746 Abs 2); denn eine Annahme wird dem Wohl des Kindes regelmäßig nicht entsprechen, wenn dieses die Begründung des Eltern-Kind-Verhältnisses nicht mehr will, ehe das Gericht entschieden hat (BT-Drucks 7/3061, 35 Nr 11). Das Kind erhält damit die gleiche Stellung wie der Annehmende, der ebenfalls bis zum Wirksamwerden der Annahme seinen Antrag nach allg fG-Grundsätzen zurücknehmen kann (vgl § 1752 Rz 5).

Nach § 1746 Abs 2 S 2 bedarf der Widerruf der öffentlichen Beurkundung. Diese 27 Form wurde auf Initiative des RAussch (BT-Drucks 7/5087, 10) gewählt, nachdem der RegE (BT-Drucks 7/3061, 35 Nr 11) noch die bloße Schriftform vorgesehen hatte. Es sollte vor allem erreicht werden, daß das Kind vor der Abgabe der Erklärung über die Bedeutung und die Folgen des Widerrufs beraten wird. Außerdem wurde durch eine Änderung des Zuständigkeitskatalogs in § 49 Abs 1 Nr 5 JWG (heute: § 59 Abs 1 Nr 6 SGB VIII) auch dem JugA die Möglichkeit eingeräumt, eine solche Beurkundung vorzunehmen. Dies erschien dem Gesetzgeber besonders wichtig, „weil davon ausgegangen werden kann, daß ein Kind dieses Alters, das angenommen werden soll, bereits Kontakte zu Mitarbeitern des Jugendamts hatte und deshalb am ehesten dem Jugendamt Vertrauen entgegenbringt“ (BT-Drucks 7/5087, 10).

Einer Zustimmung des gesetzl Vertreters zum Widerruf bedarf es nicht (Abs 2 S 3), 28 weil der Widerruf nur bezweckt, daß die bereits vorhandene familiäre Zuordnung unverändert fortbesteht (vgl BT-Drucks 7/3061, 35 Nr 11).

3. Zustimmung des gesetzlichen Vertreters

a) Allgemeines

29

Das 14 Jahre alte, nicht geschäftsunfähige Kind bedarf zu einer wirksamen Einwilligungserklärung der **Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters** (Abs 1 S 3 HS 2). Diese Zustimmung ist, wie der BGH (NJW 1971, 841) zu § 1751 aF entschieden hat, „kein Akt der Fürsorge für das Kind aus eigenem Recht, sondern ein Akt der gesetzlichen Vertretung“ (aA noch AG Mannheim FamRZ 1963, 196; LG Koblenz FamRZ 1967, 344; OLG Celle NJW 1970, 2080). Zur gesetzl Vertretung des ehel und des nichtehel Kindes oben Rz 5–9. Zur Frage der Interessenkollision, falls der zur Zustimmung berufene gesetzl Vertreter auch als leibl Elternteil in die Annahme einwilligen muß, gilt das oben Rz 6 Gesagte. Die Einwilligung nach § 1747 erfaßt in einem solchen Fall grds auch die nach § 1746 erforderliche Zustimmungserklärung (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 14; Vorauf § 1751 Rz 18; außerdem oben Rz 7). Im Falle einer Annahme des Kindes durch den Ehepartner des gesetzl Vertreters

(Stiefkindadoption) gilt für die Zustimmung des gesetzl Vertreters das gleiche wie für dessen Einwilligung nach Abs 1 S 2 (oben Rz 11).

30 b) Verweigerung der Zustimmung

Verweigert der Vormund oder Pfleger die Zustimmung ohne triftigen Grund, so kann das VormG sie ersetzen (Abs 3). Es gelten die Ausführungen zur Ersetzung der Einwilligung unter Rz 19 entsprechend. Sind die Eltern gesetzl Vertreter, so gilt für deren Verweigerung der Zustimmung das unter Rz 20 Gesagte.

31 c) Form, Adressat und Widerruf der Zustimmung

Die Vorschriften des § 1750 beziehen sich nur auf „die Einwilligung nach § 1746“ (vgl Abs 1 S 1), nicht auf die Zustimmung des gesetzl Vertreters. Letztere ist deshalb nach allgM (MünchKomm-LÜDERITZ § 1746 Rz 13 und § 1750 Rz 4; ERMAN-HOLZHAUER Rz 7; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 13; SOERGEL-LIERMANN Rz 15) formlos gültig. Eine analoge Anwendung v § 1750 (dafür ROTH-STIELOW Rz 10) kommt nicht in Betracht: Schon vor der Reform v 1976 verlangte § 1751 Abs 2 aF die Zustimmung des gesetzl Vertreters zum Vertragsschluß durch das 14 Jahre alte Kind, ohne eine besondere Form vorzuschreiben (Vorausl § 1751 Rz 18, 19). Auch bei der Ehelicherklärung (§§ 1730 bzw 1740 c iVm 1740 a Abs 2) wird die gleichgelagerte Frage in der Weise beantwortet, daß die gesetzl vorgeschriebene notarielle Beurkundung nur auf die Einwilligung des Kindes (§§ 1729, 1730) bzw dessen Antrag (§ 1740 c) bezogen wird, nicht aber auf die Zustimmung des gesetzl Vertreters (vgl STAUDINGER-GÖPPINGER § 1730 Rz 3 und § 1740 c Rz 3). An der Formfreiheit ändert sich auch dadurch nichts, daß die Zustimmung dem VormG nachgewiesen werden muß. Die Schriftform mag sich deshalb aus praktischen Gründen empfehlen, kann indessen auch vom VormG nicht erzwungen werden (**aA** ERMAN-HOLZHAUER Rz 7 unter Berufung auf BEITZKE § 33 II 7; wie hier MünchKomm-LÜDERITZ Rz 13; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 13).

- 32** Die Maßgeblichkeit allg Bestimmungen für die Zustimmung bewirkt, daß diese nach § 182 Abs 1 **sowohl dem Erklärenden** (= Anzunehmender) **als auch dem Erklärungsempfänger** (= VormG) **gegenüber** erfolgen kann (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 13; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 13). Wegen der Nichtanwendbarkeit v § 1750 muß die Zustimmungserklärung als grds **widerruflich** angesehen werden (SOERGEL-LIERMANN Rz 11). Unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung (vgl § 1750 Abs 2 S 1) kann indessen die Zustimmung schon deshalb nicht erklärt werden, weil die zustimmungsbedürftige Einwilligungserklärung selbst bedingungs- und zeitbestimmungsfeindlich ist. Die Notwendigkeit einer **persönlichen Zustimmung** durch den gesetzl Vertreter läßt sich auch ohne Rückgriff auf § 1750 Abs 3 aus der höchstpersönlichen Natur der Erklärung herleiten (ERMAN-HOLZHAUER Rz 7; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 13).

33 d) Mängel der Zustimmung

Kommt es zum Ausspruch der Annahme trotz fehlender Zustimmung oder ist die Zustimmung mit Willensmängeln behaftet, so wirkt sich dies nicht auf die Bestandskraft der Adoption aus. Eine Aufhebung nach § 1760 ist ausgeschlossen, weil die fehlende Zustimmung des gesetzl Vertreters dort nicht als Aufhebungsgrund aufgeführt ist (BAER-GROSS 107; ERMAN-HOLZHAUER § 1746 Rz 7 u § 1760 Rz 2). Auch eine – zulässige – Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtl Gehör (Art 103 Abs 1 GG) vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Zwar steckt in jedem Einwilligung- und Zustimmungsrecht als Minus auch ein

Anhörungsrecht. Dessen Verletzung muß jedoch hinter dem ebenfalls grundgesetzl (Art 6 GG) geschützten Bestandsinteresse des Angenommenen zurückstehen (Näheres § 1759 Rz 12).

IV. Einwilligung bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit des Annehmenden und des Kindes

1. Entstehungsgeschichte

34

Die Einwilligung des Kindes, mag sie gem Abs 1 S 2 vom gesetzl Vertreter oder gem Abs 1 S 3 vom Kind persönlich erteilt sein, bedarf nach Abs 1 S 4 der vormundschaftsgerichtl Genehmigung, wenn der Annehmende und das Kind keine gemeinsame Staatsangehörigkeit besitzen. Abs 1 S 4 ist durch das Ges zur Neuregelung des IPR v 1986 eingefügt worden und soll dem Umstand Rechnung tragen, „daß sich bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Beteiligten wesentliche Änderungen in der Zuordnung zu einer Rechtsordnung ergeben“ (BT-Drucks 10/504, 86). Abs 1 S 4 ersetzt Art 22 Abs 2 S 2 EGBGB aF, der vorsah, daß ein *deutsches* Kind auch dann nach Maßgabe deutschen Rechts in die Adoption einwilligen mußte und dazu der vormundschaftsgerichtl Genehmigung bedurfte, wenn die Adoption im übrigen nach ausländischem Recht erfolgte, weil die Annehmenden Ausländer waren. Die alte Regelung des Art 22 Abs 2 S 2 EGBGB wird allerdings durch Abs 1 S 4 auf alle Fälle einer gemischt-nationalen Adoption ausgedehnt, ohne daß für diese Erweiterung ein Bedürfnis bestünde (Näheres u Rz 35).

2. Voraussetzungen für die Anwendung v Abs 1 S 4

35

Als Vorschrift des materiellen deutschen Adoptionsrechts setzt Abs 1 S 4 voraus, daß trotz unterschiedlicher Staatsangehörigkeit von Annehmendem und Kind deutsches Adoptionsrecht Anwendung findet (KRZYWON BWNotZ 1987, 58 unter II 1). Es muß sich also entweder die Adoption als solche gem Art 22 EGBGB nach dt Recht richten oder zumindest die Einwilligung des Kindes gem Art 23 EGBGB. Ist das der Fall, so ist dennoch im Hinblick auf den Gesetzeszweck in den meisten Fällen die Notwendigkeit einer besonderen vormundschaftsgerichtl Genehmigung zu verneinen. Richtet sich die Adoption als solche nach dt Recht, sei es unmittelbar über Art 22 EGBGB, sei es kraft Rückverweisung, so hat eine Prüfung des Kindeswohls bereits nach § 1741 zu erfolgen. Die mit der vormundschaftsgerichtl Genehmigung ebenfalls bezweckte Kindeswohlprüfung würde zu einer Doppelprüfung durch dasselbe Gericht führen, wofür kein Anlaß besteht (so KRZYWON BWNotZ 1987, 58, 59; MünchKomm-KLINKHARDT Art 22 EGBGB Rz 35; STAUDINGER-HENRICH Art 23 EGBGB Rz 22; AG Recklinghausen IPRax 1985, 110 mAnm JAYME; JAYME IPRax 1986, 265, 269; aA, ohne allerdings auf die Problematik näher einzugehen, BEITZKE StAZ 1990, 68). – Umstr ist die Erforderlichkeit einer vormundschaftsgerichtl Genehmigung dann, wenn deutsches Recht gem Art 23 EGBGB nur auf die Einwilligung anwendbar ist, während sich die Adoption als solche gem Art 22 EGBGB nach ausländischem Recht richtet, welches eine Prüfung des Kindeswohls vorsieht (gegen eine vormundschaftsgerichtl Genehmigung: MünchKomm-LÜDERITZ Rz 22; MünchKomm-KLINKHARDT Art 22 EGBGB Rz 35; wohl auch DIV-Gutachten ZfJ 1986, 25; aA KRZYWON BWNotZ 1987, 58, 59). Soweit das ausländische Recht eine Prüfung des Kindeswohls ohne Einschränkungen erlaubt, ist ebenso wie bei der Anwendbarkeit deutschen Rechts kein Grund ersichtlich, weshalb das gleiche Gericht zweimal über die gleiche Sachfrage entscheiden sollte. Abs 1 S 4 hat deshalb selbständige Bedeutung nur dann, wenn das

ausländische Recht eine Prüfung des Kindeswohls nicht oder nur mit Einschränkung vorsieht, ein seltener Fall, der im übrigen auch mit Hilfe des *dt ordre public* (Art 6 EGBGB) befriedigend hätte gelöst werden können.

- 36** Auch bei **Auslandsadoptionen** erlangt Abs 1 S 4 keine selbständige Bedeutung. Handelt es sich um eine **Dekretadoption** (wie heute international üblich), so erfolgt die Anerkennung unter den Voraussetzungen des § 16 a FGG. Die richtige Anwendung dt Rechts spielt hier nur insoweit eine Rolle, als die Verletzung des *dt ordre public* zur Diskussion steht, was indessen beim bloßen Fehlen einer vormundschaftsgerichtl Genehmigung nicht der Fall ist (AG Schöneberg v 2. 6. 1989, abgedr in DIV-ErgGutachten v 9. 8. 1989 ZfJ 1989, 464 gegen DIV-Gutachten ZfJ 1989, 184; LG Offenburg u AG Offenburg StAZ 1988, 355; BEITZKE StAZ 1990, 68). Die fehlende vormundschaftsgerichtl Genehmigung nachzuholen, um einer Aufhebung der Adoption nach § 1760 vorzubeugen (so BEITZKE StAZ 1990, 68), besteht kein Anlaß. Ist nach dem oben Gesagten überhaupt eine vormundschaftsgerichtl Genehmigung erforderlich und außerdem dt Recht für die Aufhebung maßgebend (vgl dazu STAUDINGER-HENRICH Art 22 EGBGB Rz 41), so verbietet sich eine dem Kindeswohl widersprechende Aufhebung schon nach § 1761 Abs 2. – Handelt es sich um eine **Vertragsadoption**, so kann Abs 1 S 4 theoretisch Bedeutung erlangen, falls der Annehmende Deutscher und der Angenommene Ausländer ist, weil sich dann die Adoption nach deutschem materiellem Recht beurteilt (Art 22 S 1 EGBGB). Allerdings ist hier umstr, ob ausländische „Privatadoptionen“ überhaupt anerkennungsfähig sind (Nachw bei PALANDT-HELDRICH Art 22 EGBGB Anm 4). Außerdem bestehen erfahrungsgemäß gegen solche Adoptionen über Abs 1 S 4 hinaus auch aus anderen Gründen materielle Bedenken.

37 3. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Erteilung der Genehmigung

Soweit eine vormundschaftsgerichtl Genehmigung nach Abs 1 S 4 erforderlich ist, stellt sich bezügl des Zeitpunkts die Frage, ob gem § 1831 die Genehmigung der Einwilligungserklärung vorangehen muß. Das ist nicht der Fall. Sinn des § 1831 ist der Schutz Dritter, die bei einseitigen Rechtsgeschäften Gewißheit darüber haben sollen, ob deren Rechtswirkungen eintreten (MünchKomm-SCHWAB § 1831 Rz 1). Im Fall des § 1746 wird die Einwilligung aber gegenüber demselben Gericht abgegeben, welches die Genehmigung zu erteilen hat (§ 1750 Abs 1 S 3). Ferner handelt es sich bei der Einwilligung insoweit nicht um ein einseitiges Rechtsgeschäft, als sie keine unmittelbaren Rechtswirkungen zeitigt. Diese treten erst mit dem Ausspruch der Adoption (§ 1752) ein. § 1831 ist deshalb auf die Genehmigung nach Abs 1 S 4 nicht anwendbar (AG Tett nang ZfJ 1989, 392 = Justiz 1987, 316; KRZYWON BWNotZ 1987, 58, 60 mHinw; SAMELUCK ZfJ 1989, 203; MünchKomm-KLINKHARDT Art 22 EGBGB Rz 36 entgegen Vorauf l Rz 180).

§ 1747

Zur Annahme eines ehelichen Kindes ist die Einwilligung der Eltern erforderlich.

Zur Annahme eines nichtehelichen Kindes ist die Einwilligung der Mutter erforderlich. Die Annahme eines nichtehelichen Kindes durch Dritte ist nicht auszusprechen, wenn der Vater die Ehelicherklärung oder die Annahme des Kindes beantragt hat; dies gilt nicht, wenn die Mutter ihr nichteheliches Kind annimmt. Der Vater des nichtehelichen Kindes kann darauf verzichten, diesen Antrag zu stellen. Die Verzichtserklärung bedarf der öffentlichen Beurkundung; sie ist unwiderruflich. § 1750 gilt sinngemäß mit Ausnahme von Absatz 4 Satz 1.

8. Titel. Annahme als Kind

Die Einwilligung kann erst erteilt werden, wenn das Kind acht Wochen alt ist. Sie ist auch dann wirksam, wenn der Einwilligende die schon feststehenden Annehmenden nicht kennt.

Die Einwilligung eines Elternteils ist nicht erforderlich, wenn er zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist.

BT-Drucks 7/3061, 20 f, 36–38, 73 f, 74 f, 84 f; BT-Drucks 7/5087, 10–13, 33 f.

Systematische Übersicht

I. Entstehungsgeschichte

1. Einwilligungsrecht der Eltern des ehelichen und der Mutter des nichtehelichen Kindes 1
2. Rechtsstellung des Vaters des nichtehelichen Kindes 2
3. Überlegungsfrist 3
4. Inkognitoadoption 4
5. Entbehrlichkeit der Einwilligung 5

II. Einwilligungsberechtigte

1. Eltern des ehelichen Kindes 6
2. Mutter des nichtehelichen Kindes 9
3. Kein Einwilligungsrecht des Vaters des nichtehelichen Kindes 10
 - a) Hintergrund der Regelung 10
 - b) Verfassungsrechtliche Bedenken wegen der fehlenden Übertragbarkeit des Sorgerechts auf den Vater 12
- d) Anhörungsrecht des Vaters 14
4. Heirat der Eltern nach Einwilligung der Mutter 16
5. Kein Einwilligungsrecht sonstiger Verwandter 20

III. Einwilligung

1. Blankoeinwilligung 21
2. Eventual- und Alternativeinwilligung 22

3. Beschränkung der Einwilligung 24

4. Inkognitoadoption 25

- a) Sicherung des Inkognito im Annahmeverfahren 25
- b) Spätere Wahrung des Inkognito 28

IV. Überlegungsfrist (Abs 3 S 1)

1. Zweck und Entstehung der Vorschrift 29
2. Pränatale Einwilligung 32
3. Ersatzmutterschaft, Leihmutterschaft 34
 - a) Ersatzmutterschaft 34
 - b) Leihmutterschaft 35

V. Entbehrlichkeit der Einwilligung (Abs 4)

1. Dauernde Verhinderung 36
2. Unbekannter Aufenthalt 38
3. Indizienentscheidung, Abgrenzung zu § 1748 39

VI. Mängel der Einwilligung 40**VII. Rechtsstellung des Vaters des nichtehelichen Kindes**

1. Allgemeines 41
2. Voraussetzungen des Annahmeantrags 42
3. Belehrung durch das Jugendamt 46
4. Sperrwirkung des Antrags 48
5. Vorrang des Vaters vor anderen Adoptionsbewerbern 51
6. Verzicht auf Antrag 53

Alphabetische Übersicht

Adoption des nichtehelichen Kindes, Antrag des Vaters auf 2, 10 ff, 18, 42 ff

Adoption, offene 27

Adoption, pränatale 7, 32

Alternativeinwilligung 22 f

Anhörungsrecht des Vaters des nichtehelichen Kindes 2, 14 f, 49

– nach altem Recht 2

– Rechtsmittel bei Verletzung des -s 15

Anspruch auf rechtliches Gehör 15, 47

Antragsrecht des Vaters des nichtehelichen Kindes 14, 42 f, 46 f

– Belehrung über das 14, 43, 46 f

– Voraussetzungen für das 42

Aufenthalt, unbekannter, des Einwilligungsberechtigten 38

Belehrung des Vaters des nichtehelichen Kindes über seine Rechte 46 f

Blankoeinwilligung 4, 18, 21 f

Ehelicherklärung, Antrag des Vaters auf 2, 10 ff, 18, 42 f, 45 f

Ehemann der Mutter, Adoption durch den 50

Einwilligung 6, 13, 18, 21, 24, 32, 34, 40, 52
 – Beschränkung der 24
 – Ersetzung der 6, 13, 19, 21, 34, 52
 – Entbehrlichkeit der (siehe Entbehrlichkeit der Einwilligung)
 – Mängel der 40
 – pränatale 32
 Einwilligungsrecht der Eltern 1, 6 ff, 13
 – bei heterologer künstlicher Insemination 7
 – bei Leihmutterschaft 8
 – im Fall der Eispende 8
 – nach Entzug des Sorgerechts 6, 13
 – nach Scheidung, Eheaufhebung oder -nichterklärung 6
 Einwilligungsrecht von Verwandten 20
 Eispende, Einwilligungsrecht bei 8
 Entbehrlichkeit der Einwilligung 36 ff
 – bei offenkundig scheinhehlichen Kindern 37
 – Inzidententscheidung über die 39
 – wegen dauernder Verhinderung des Berechtigten 36 f
 – wegen unbekannten Aufenthalts des Berechtigten 38
 Entstehungsgeschichte 1 ff, 22, 30
 Ersatzmutterschaft 34
 Eventualeinwilligung 22 f
 Geschäftsunfähigkeit, Entbehrlichkeit der Einwilligung bei 36
 Inkognitoadoption 4, 21, 25 ff
 Insemination, Einwilligung bei heterologer künstlicher 7
 Legitimation durch nachfolgende Ehe 16 ff
 – nach Ausspruch der Annahme 19

– vor Ausspruch der Annahme 16 ff
 Leihmutterschaft 8, 35
 Mängel der Einwilligung 40
 Mutter des nichtehelichen Kindes, Einwilligung der 1, 9, 16 ff, 45, 52
 – Ersetzung der 52
 – Legitimation nach erklärter 16 ff
 Rechtslage nach altem Recht 1 ff, 14
 Rechtsordnungen, ausländische 16, 21, 26
 Sperrwirkung des Antrags 2, 10, 44 f, 47 ff
 Stiefkindadoption 47, 50
 Überlegungsfrist, 8-wöchige 3, 29 ff
 Vater des nichtehelichen Kindes
 – Anhörungsrecht des -s 14 f, 49
 – Antragsrecht des -s (siehe Antragsrecht)
 – Einwilligungsrecht des -s bei Eheschließung mit der Mutter 16 ff
 – Nichterforderlichkeit der Einwilligung des -s, 2, 10, 13
 – verfassungsrechtliche Bedenken wegen Nichterforderlichkeit der Einwilligung des -s 13
 Vaterschaftsfeststellung 43
 – Adoptionsverzögerung durch 43
 – nach erfolgter Adoption 43
 Verzicht auf Adoptions- oder Ehelicherklärungsantrag 18, 46 f, 53 f
 – Belehrung über die Möglichkeit des -s 53
 – Form des -s 54
 Vorrang des Vaters vor anderen Adoptionsbewerbern 51 f

I. Entstehungsgeschichte

1 1. Einwilligungsrecht der Eltern des ehelichen und der Mutter des nichtehelichen Kindes

§ 1747 sah schon in seiner ursprüngl Fassung ein **Einwilligungsrecht der Eltern des ehel** und der **Mutter des nichtehel Kindes** vor. Dieses Einwilligungsrecht ist heute verfassungsrechtl durch Art 6 Abs 2 GG geschützt (allgM, vgl BVerfGE 24, 119, 142 ff = NJW 1968, 2233, 2235 ff = FamRZ 1968, 578, 583 ff; OLG Celle FamRZ 1982, 197, 198; RegE BT-Drucks 7/3061, 36).

2 2. Rechtsstellung des Vaters des nichtehelichen Kindes

Der Vater des nichtehel Kindes war bis zum NEhelG v 1969 am Zustandekommen einer Adoption nicht beteiligt. Das Ges ignorierte ihn; denn nach der Fiktion des § 1589 Abs 2 aF galten „ein uneheliches Kind und dessen Vater nicht als verwandt“. Durch das NEhelG v 1969 wurde § 1747 a in das BGB eingefügt (später in

unveränderter Fassung § 1747 b aufgrund des AdoptRÄndG v 1973 = BGBI I 1013). Diese Bestimmung sah ein „Anhörungsrecht“ des Vaters vor. Die heutige Regelung des Abs 2 S 2–5 geht zurück auf das AdoptG v 1976. Sie sollte die Rechtsstellung des nichtehel Vaters „verstärken“ (BT-Drucks 7/3061, 37), indem diesem die Möglichkeit eingeräumt wurde, selbst einen **Antrag auf Ehelicherklärung oder Adoption** zu stellen, der dann eine Sperrwirkung gegenüber Anträgen Dritter auf Annahme des Kindes entfaltet (Näheres Rz 10). Ein Einwilligungsrecht steht dem Vater des nichtehel Kindes auch heute (noch) nicht zu.

3. Überlegungsfrist

3

Eine Überlegungsfrist, wie sie Abs 3 S 1 vorsieht, war dem BGB in seiner ursprüngl Fassung fremd. § 1749 Abs 2 idF FamRÄndG v 1961 normierte erstmals eine Frist v 3 Monaten. Diese wurde durch das AdoptG v 1976 im Interesse des Kindes (BT-Drucks 7/3061, 37 f u BT-Drucks 7/5087, 11 f; Näheres Rz 29–31) **auf 8 Wochen reduziert**.

4. Inkognitoadoption und Blankoeinwilligung

4

Abs 3 S 2 verbietet die **Blankoeinwilligung** (die Einwilligung darf sich nur auf die Annahme durch „schon feststehende Annehmende“ beziehen), erlaubt aber die **Inkognitoadoption** (die schon feststehenden Annehmenden brauchen dem Einwilligenden nicht bekannt zu sein). Vor dem AdoptG v 1976 fehlte es insoweit an einer eindeutigen gesetzl Regelung. In der Praxis hatte sich indessen längst die Möglichkeit der Inkognitoadoption durchgesetzt, bei der zwar die Einwilligung zur Annahme durch einen bestimmten Annehmenden erteilt wird, dessen Person aber dem Einwilligenden unbekannt bleibt (Näheres VoraufI Rz 16 ff sowie unten Rz 25–28).

5. Entbehrlichkeit der Einwilligung

5

Die Regelung des Abs 4 entspricht wörtlich der schon in der ursprüngl Fassung des BGB enthaltenen Bestimmung des § 1747 S 2 iVm § 1746 Abs 2 (Näheres Rz 36).

II. Einwilligungsberechtigte

1. Eltern des ehelichen Kindes

6

Bei der Annahme eines ehel Kindes müssen nach Abs 1 immer beide Eltern einwilligen. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die **Ehe der Eltern noch besteht**, ob sie **geschieden**, aufgehoben oder für nichtig erklärt ist. Das Kind behält stets den Status eines ehel Kindes (§ 1591 Abs 1). Da das Einwilligungsrecht **Ausfluß des natürlichen Elternrechts** ist, kommt es nicht darauf an, ob der Einwilligende Inhaber des Sorgerechts ist (unbestr, vgl BT-Drucks 7/3061, 36 Nr 2; ENGLER FamRZ 1969, 63, 65 f; BEITZKE § 33 II 5 b; GERNHUBER § 62 VI 1; BayObLG FamRZ 1981, 604 [LS] = DAVorm 1981, 131 = FRES 8 [1981] 38; OLG Karlsruhe FamRZ 1983, 1058). Selbst wenn einem Elternteil das **Sorgerecht** gem § 1666 in toto **entzogen** wurde, ändert sich nichts an seinem Einwilligungsrecht nach Abs 1. Allerdings kommt unter den Voraussetzungen des § 1748 eine Ersetzung der Einwilligung in Betracht.

Wer Vater eines ehel Kindes ist, entscheiden die statusbestimmenden Regelungen 7 der §§ 1591, 1593. Auch im Falle einer **heterologen künstlichen Insemination** gilt der Ehemann der Mutter als Vater. Zur Ehelichkeitsanfechtung trotz Einverständ-

niserklärung vgl die Rspr- u LitHinw bei STAUDINGER-GÖPPINGER § 1591 Rz 40; SOERGEL-GAUL Rz 33 f. Eine formgebundene Einverständniserklärung des Ehemannes mit der heterologen künstlichen Befruchtung seiner Frau, welche für ihn die Wirkungen einer (pränatalen) Adoption hätte, kennt das geltende Recht schon wegen der Überlegungsfrist des Abs 3 S 1 nicht.

- 8 Der Grundsatz „mater semper certa est“ hat zu Zweifeln geführt, wenn genetische und gebärende Mutter nicht identisch sind (**Eispende, Leihmutterschaft**). Trotz mancher Unsicherheiten besteht im wesentlichen Einmütigkeit darüber, daß als Mutter gilt, wer das Kind austrägt. Str ist, ob und unter welchen Voraussetzungen die Zuordnung zur austragenden Mutter durch eine Anfechtung der Mutterschaft analog §§ 1594 ff oder durch eine Klage auf Feststellung der Mutterschaft nach § 640 Abs 2 Nr 1 ZPO korrigiert werden kann (ausf m Rspr- u LitHinw SOERGEL-GAUL § 1591 Rz 39 ff).

9 2. Mutter des nichtehelichen Kindes

Zur Adoption eines nichtehel Kindes ist nach Abs 2 die Einwilligung der Mutter erforderlich. Sie ist dem Elternteil eines ehel Kindes gleichgestellt. Auch ihr Einwilligungsrecht ist Ausfluß des natürlichen Elternrechts und unabhängig davon, ob der Mutter das Sorgerecht uneingeschränkt, teilweise oder gar nicht zusteht. – Zur Frage des „Mutterstatus“, wenn genetische und gebärende Mutter nicht identisch sind, vgl oben Rz 8.

3. Kein Einwilligungsrecht des Vaters des nichtehelichen Kindes

10 a) Hintergrund der Regelung des Abs 2 S 2

Nach Abs 2 S 2 steht dem Vater des nichtehel Kindes ein Einwilligungsrecht nicht zu. Stattdessen räumt das Ges ihm das Recht ein, selbst einen **Antrag auf Ehelicherklärung oder Adoption** zu stellen. Da dieser Antrag gem Abs 2 S 2 eine **Sperrwirkung** gegenüber Adoptionsanträgen Dritter entfaltet, wird auf diese Weise dem Vater ein **Vorrang vor anderen Adoptionsbewerbern** gesichert.

- 11 Die eigenwillige, anderen Rechtsordnungen fremde Lösung des geltenden Rechts geht letztlich zurück auf eine **verfehlte Regelung der personalen Vater-Kind-Beziehung durch das NEhelG v 1969** (vgl STAUDINGER-GÖPPINGER Vorbem 23 ff zu §§ 1705 ff; SCHÖPS, Die personenrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen dem unehel Vater und seinem Kinde [1973] 230 ff; ZENZ-SALGO, Zur Diskriminierung der Frau im Recht der Eltern-Kind-Beziehung [1983] 68 ff; KROPHOLLER AcP 185 [1985] 244, 267 ff; SCHWENZER, Vom Status zur Realbeziehung [1987] 251 ff). Will die Mutter eines nichtehel Kindes das ihr kraft Ges zustehende Sorgerecht (§ 1705) nicht wahrnehmen, oder ist sie dieser Aufgabe nicht gewachsen, so sieht das BGB nicht wie bei ehel Kindern im Scheidungs- oder Trennungsfall die Möglichkeit der Übertragung des Sorgerechts auf den Vater durch eine Entscheidung des VormG vor. Der Vater kann das Sorgerecht nur durch Ehelicherklärung (§ 1723) oder durch Adoption (§ 1741 Abs 3 S 2), also durch eine **Statusänderung** des Kindes, erlangen. Ausgehend von dieser Regelung glaubte der Gesetzgeber bei der Reform des Adoptionsrechts, einen Vater, der mit der Adoption seines Kindes durch Dritte nicht einverstanden ist, nur dann schützen zu dürfen, wenn er auch bereit ist, die Statusänderung herbeizuführen, die allein eine personale Zuordnung des Kindes zu ihm ermöglicht. „Es soll nicht genügen, wenn der nichtehel Vater das Kind bei sich

aufnehmen will, ohne dessen rechtliche Lage zu verbessern; denn der Vater könnte ein Pflegeverhältnis jederzeit wieder auflösen, wenn er die unerwünschte Annahme durch Dritte verhindert hat“ (BT-Drucks 7/3061, 37 Nr 4).

b) Verfassungsrechtliche Bedenken wegen der fehlenden Übertragbarkeit des Sorgerechts auf den Vater

Bedenken bestehen wegen Art 3 Abs 2 GG schon dagegen, daß der Vater, anders als die Mutter, nur durch eine Statusänderung in den Genuß des Sorgerechts gelangen kann (vgl STAUDINGER-GÖPPINGER Vorbem 30 zu §§ 1705 ff). So führt eine Adoption des eigenen Kindes durch den Vater dazu, daß die Unterhaltspflicht der Mutter erlischt (§ 1755). Wird das Kind für ehel erklärt, so ist ihm der Vater vor der Mutter zum Unterhalt verpflichtet (§ 1739). Die Vorstellung, daß ein nichtehel Kind bei seinem sorgeberechtigten Vater aufwächst und die Mutter durch Geldzahlungen zum Unterhalt des Kindes beiträgt, ist dem BGB fremd (vgl FRANK 121).

c) Verfassungsrechtliche Bedenken wegen des fehlenden Einwilligungsrechts des Vaters

Unabhängig von den soeben erörterten Bedenken erscheint es mit Blick auf Art 6 Abs 2 GG kaum vertretbar, dem Vater eines nichtehel Kindes ein **Einwilligungsrecht** bei der Adoption seines Kindes durch Dritte zu versagen (so auch GERNHUBER § 62 VI 2; MÜLLER DAVorm 1983, 889; für ein Einwilligungsrecht schon ENGLER S 76 f; aA die hL u Rspr, vgl MünchKomm-LÜDERITZ Vor § 1741 Rz 34–36 u § 1747 Rz 5 mNachw). Auch der nichtehel Vater verdient den Schutz des Art 6 Abs 2 GG (so mit allerdings konturenarmen Einschränkungen BVerfGE 56, 363, 382 f = NJW 1981, 1201, 1202 = FamRZ 1981, 429, 433), sofern seine Vaterschaft durch Anerkennung oder gerichtl Entscheidung feststeht (§ 1600 a). Wenn LÜDERITZ (MünchKomm-LÜDERITZ Vor § 1741 Rz 36 u § 1747 Rz 5) meint, daß dem Vater eines nichtehel Kindes über Art 6 Abs 2 GG nur ein Anspruch auf Legitimation oder Adoption für den Fall zustehe, daß die Mutter ihre Pflichten nicht mehr wahrnehmen kann oder will, so überzeugt dies nicht, weil dem Vater eines ehel Kindes derselbe Schutz bereits ex lege unter erheblich erleichterten tatsächlichen Voraussetzungen zubilligt wird. Während nämlich dem Vater eines ehel Kindes ein Einwilligungsrecht auch dann zukommt, wenn er nicht Inhaber des Sorgerechts ist, ja sogar, wenn ihm das Sorgerecht nach § 1666 entzogen wurde, und eine Ersetzung der verweigerten Einwilligung nur unter den engen Voraussetzungen des § 1748 möglich ist, muß der Vater eines nichtehel Kindes die Voraussetzungen der Adoption oder Ehelicherklärung erfüllen, also deutlich höhere Hürden überwinden, um sein Kind nicht an Dritte zu verlieren. Die unterschiedliche Behandlung ehel und nichtehel Väter ließe sich deshalb, wie HOLZHAUER (FamRZ 1982, 109, 112) zutr feststellt, nur mit einer „Höherwertigkeit des ehelichen gegenüber dem nicht-ehelichen Eltern-Kind-Verhältnis“ rechtfertigen, – ein verfassungsrechtl fragwürdiger Ansatz. Auch der Hinw darauf, daß die gesetzl Regelung aufgrund einer typisierenden Betrachtungsweise gerechtfertigt und notwendig sei, weil zwischen ehel Kindern und ihren Vätern im all bereits persönliche Beziehungen bestünden, nicht aber zwischen nichtehel Vätern und ihren Kindern, verfängt heute nicht mehr: Die Zahl nichtehel Lebensgemeinschaften mit Kindern ist erheblich gestiegen; umgekehrt gibt es zahlreiche Kinder aus zerbrochenen Ehen, die nur zu einem Elternteil Bindungen entwickeln konnten (zur veränderten sozialen Ausgangssituation vgl SCHWENZER FamRZ 1985, 1202, 1203 f mNachw). Auch die Sorge, daß bei der Zuerkennung eines Einwilligungsrechts das Zustandekommen von Adoptionen zum Nachteil nichtehel Kinder verzögert werden könnte, erscheint unbegründet:

Bereits nach geltendem Recht entfaltet der Antrag des Vaters auf Adoption oder Ehelicherklärung eine Sperrwirkung, die nur im Falle einer Ablehnung des Antrags durchbrochen werden kann. Würde dem Vater ein Einwilligungsrecht zuerkannt, so müßte, um eine Adoption gegen seinen Willen durchzusetzen, ein Verfahren nach § 1748 eingeleitet werden. Sowohl die Entscheidung über den Antrag des nichtehel Vaters als auch die Entscheidung im Verfahren nach § 1748 nötigte aber zur Prüfung ähnlich gelagerter Sachfragen. Gründe für eine unterschiedliche Verfahrensdauer sind nicht erkennbar.

14 d) Anhörungsrecht des Vaters

Schließlich befriedigt die Regelung des Abs 2 insoweit nicht, als sie dem Vater des nichtehel Kindes nicht einmal mehr, wie § 1747 b aF, ein **Anhörungsrecht** zuzubilligen scheint (so BEITZKE § 33 II 5 b). Zwar hat Abs 2 S 2 die Rechtsstellung des Vaters verbessert, weil ihm ein Antragsrecht mit Sperrwirkung zuerkannt wurde, über das er vom JugA gem § 51 Abs 3 SGB VIII (früher § 51 b JWG) belehrt werden muß. Im vormundschaftsgerichtl Annahmeverfahren ist indessen eine Anhörung des Vaters nicht mehr vorgesehen. Sie ist auch entbehrlich, wenn der Vater rechtzeitig und ordnungsgemäß nach § 51 Abs 3 SGB VIII belehrt wurde. Trotzdem genügt es nicht, im vormundschaftsgerichtl Verfahren nur gem § 12 FGG zu prüfen, ob der Vater einen Antrag nach Abs 2 S 2 gestellt hat (so aber BT-Drucks 7/3061, 58 Nr 2). Zu prüfen ist auch, ob die Beratung gem § 51 Abs 3 SGB VIII tatsächlich erfolgt ist. Richtigerweise ist deshalb weiterhin von einem Anhörungsrecht des nichtehel Vaters auszugehen (vgl FRANK-WASSERMANN FamRZ 1988, 1247, 1248; ERMAN-HOLZHAUER Rz 15), dem allerdings dann Genüge getan ist, wenn sich das VormG davon überzeugt hat, daß die Beratung nach § 51 Abs 3 SGB VIII stattgefunden hat. Das Anhörungsrecht ergibt sich aus der materiellen Betroffenheit des Vaters iVm dem erkennbaren Bemühen des Gesetzgebers, die Rechtsstellung des nichtehel Vaters zu verstärken. Verfehlt ist es jedenfalls, wenn es im RegE (BT-Drucks 7/3061, 58 Nr 2) heißt, daß bei einer Adoption des nichtehel Kindes durch seine Mutter, wo für einen Antrag des Vaters mit Sperrwirkung kein Raum ist (vgl Abs 2 S 2 HS 2), gem § 12 FGG zu prüfen ist, „ob es dem Wohl des Kindes dient, den nichtehelichen Vater gleichwohl (!) anzuhören“.

- 15 Wird das Anhörungsrecht des nichtehel Vaters verletzt, so ist der Annahmeheschluß zwar nicht mit ordentlichen Rechtsmitteln anfechtbar (§ 56 e S 3 FGG), auch eine Aufhebung nach § 1763 Abs 1 kommt nicht in Betracht (GERNHUBER § 62 VI 2 Fn 4; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 26; aA PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2), dem Betroffenen steht aber die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung v Art 103 Abs 1 GG offen, die nach Maßgabe der unter § 1759 Rz 12 genannten Kriterien zu einer Aufhebung der Adoption führen kann.

16 4. Heirat der Eltern nach Einwilligung der Mutter

Heiraten der Vater und die Mutter des nichtehel Kindes vor dem Ausspruch der Annahme (§ 1752), so erwächst dem Vater aufgrund der **Legitimation** des Kindes (§ 1719) ein **Einwilligungsrecht gem Abs 1**. An diesem Ergebnis ist de lege lata nicht zu rütteln (allgM; vgl OLG Hamm OLGZ 1982, 282 = NJW 1983, 1741 = FamRZ 1982, 845; DIV-Gutachten ZfJ 1985, 82; RegE BT-Drucks 7/3061, 36 Nr 3; BEITZKE § 33 II 5 b; GERNHUBER § 62 VI 2; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6; ERMAN-HOLZHAUER Rz 16; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 6). Befriedigend ist es indessen nicht, weil potentielle Adoptiveltern, die ein nichtehel Kind annehmen wollen, auch nach dem Wirksamwerden der Einwilligung der Mutter (§ 1750 Abs 1 S 3) nie völlig

sicher sein können, daß die erfolgreiche Adoptionspflege auch zu einer Annahme führt. Die Problematik war schon vor Erlass des AdoptG v 1976 bekannt (vgl. Vorauf Rz 7 mRsprNachw). Vorschläge, ein besonderes Adoptionspflegeverfahren einzuführen, das ua eine Sperrwirkung gegenüber Statusveränderungen auslösen sollte (Vorschläge der AGJ zur Reform des Adoptionsrechts und des Adoptionsvermittlungsrechts MittAGJ 64 [1972] 34 zu Frage 4; Internationaler Sozialdienst MittAGJ 75 [1975] 3, 4; SCHNABEL MittAGJ 64 [1972] 18, 21; 67 [1973] 38, 39; 70 [1974] 43; FEIL MittAGJ 67 [1973] 39, 40), blieben ungehört, obwohl insoweit die romanischen Rechtsordnungen (*Frankreich* Artt 351, 352 Cc; *Italien* Artt 22, 23 AdoptG; *Belgien* Art 370bis, ter, quater Cc) und das anglo-amerikanische Recht (*Großbritannien*: „Freeing the child for adoption“, ss 18–20 Adoption Act v 1976; *USA*: Termination-Verfahren, vgl. PÜTTER, Adoption in den USA [1972] 106 ff; FRANK 167 f) als Vorbild hätten dienen können und sollen.

Die Auswirkungen einer Legitimation nach erklärter Einwilligung durch die Mutter 17 auf das elterl Sorgerecht wurden im übrigen bei der Reform v 1976 nicht bedacht: Da die elterl Sorge der Mutter nach § 1751 Abs 1 S 1 infolge der Einwilligung in die Adoption ruht, mußte an sich nach der Heirat der Eltern der Vater die elterl Sorge gem § 1678 Abs 1 allein ausüben. Da indessen das JugA aufgrund der Einwilligung der Mutter Vormund des Kindes geworden ist (§ 1751 Abs 1 S 2), muß zuerst diese Vormundschaft gem § 1883 aufgehoben werden (so zutr OLG Hamm OLGZ 1982, 282, 283 = NJW 1983, 1741 = FamRZ 1982, 845, 846; OLLMANN FamRZ 1989, 350). Mit der Aufhebung wird zwar der Vater, nicht aber die Mutter Inhaber des Sorgerechts; denn ihre Einwilligung muß erst einmal „ihre Kraft verlieren“, und zwar durch Rücknahme des Adoptionsantrags oder durch Versagung der Annahme (§ 1750 Abs 4). Die in einem DIV-Gutachten (ZfJ 1985, 82, 83) vertretene Ansicht, daß die Einwilligung bereits mit der Eheschließung „ihre Kraft verliert“, weil andernfalls die Mutter durch ihren Ehemann aus ihrem Mitsorgerecht verdrängt würde, findet im Ges keine Stütze. Nach dem Kraftloswerden der Einwilligung ist sogar erst noch eine Entscheidung des VormG nach § 1751 Abs 3 vonnöten, bevor die Mutter in den Genuß des Mitsorgerechts gelangen kann.

Als besonders mißlich erweist sich die Regelung des geltenden Rechts, wenn nicht **18 nur die Mutter in die Annahme eingewilligt, sondern auch der Vater nach Abs 2 S 3 darauf verzichtet hat, selbst die Ehehelerklärung oder die Annahme des Kindes zu beantragen**. Man wird entgegen LÜDERITZ (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 6) nicht annehmen können, daß der Verzicht des Vaters die Einwilligung nach Abs 1 mitumfaßt (so auch OLG Hamm OLGZ 1982, 282 = NJW 1983, 1741 = FamRZ 1982, 845; BEITZKE § 33 II 5 b; GERNHUBER § 62 VI 2; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6; ERMAN-HOLZHAUER Rz 16). Die Legitimation des Kindes begründet erstmals personale Mitverantwortung des Vaters, so daß die Einwilligung nach Abs 1 nicht nur aus einer anderen tatsächlichen, sondern auch aus einer anderen rechtl Situation heraus erfolgt. Dazu kommt, daß Einwilligung und Verzicht sich nach Form (§ 1750 Abs 1 S 2 gegenüber § 1747 Abs 2 S 4), Frist (8 Wochen-Frist für die Einwilligung nach Abs 3 S 1, keine Frist für den Verzicht nach Abs 2 S 3) und Inhalt (keine Blankoeinwilligung nach Abs 4, wohl aber Blankoverzicht nach Abs 2 S 3) unterscheiden. Trotzdem will es nicht überzeugen, daß die an sich endgültige Entscheidung der Eltern immer unter dem Vorbehalt einer eventuellen Eheschließung stehen soll. Der Hinweis des OLG Hamm (OLGZ 1982, 282, 287 = NJW 1983, 1741, 1742 = FamRZ 1982, 845, 848) auf die Möglichkeit der Ersetzung der Einwilligung des Vaters nach § 1748 in Härtefällen dürfte bei typischen Fallgestaltungen kaum weiterhelfen: Da der Vater vor der Heirat keinerlei personale Verantwortung gegenüber dem Kind hatte, ist im allg auch kein Grund ersichtlich, der eine Ersetzung der Einwilligung rechtfertigen könnte. Zu einem Sonderfall, bei dem die

Einwilligung des Vaters zu Recht ersetzt wurde, vgl BayObLG NJW-RR 1988, 1352, 1353 = FamRZ 1988, 868, 871 = ZfJ 1989, 207, 210 mit allerdings zutr Kritik an der Begründung durch OLLMANN FamRZ 1989, 350, 352.

- 19 Heiraten die Eltern erst nach dem Wirksamwerden des Annahmebeschlusses**, so wird dadurch die Bestandskraft der Adoption schon deshalb nicht berührt, weil die Legitimation nur ex nunc wirken kann. Da mit der Adoption ohnehin die Rechtsbeziehungen zur Ursprungsfamilie beendet werden, bestimmt § 1719 S 2, daß die Legitimationswirkungen erst eintreten, wenn das Annahmeverhältnis aufgehoben wird und das Verwandtschaftsverhältnis und die sich aus ihm ergebenden Rechte und Pflichten des Kindes zu seinen leibl Eltern wieder aufleben.

20 5. Kein Einwilligungsrecht sonstiger Verwandter

Wie dem nichtehel Vater steht auch anderen Verwandten kein Einwilligungsrecht zu, obwohl auch zu ihnen die Rechtsbeziehungen abgebrochen werden (§ 1755). Anliegen des Gesetzgebers war es, den Kreis der Einwilligungsberechtigten möglichst eng zu halten, um die Adoption nicht zu erschweren (BT-Drucks 7/3061, 38). Das ist verfassungsrechtl nicht zu beanstanden, da Art 6 GG nur die Kleinfamilie, dh die Gemeinschaft von Eltern und Kindern, schützt (MAUNZ in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art 6 GG Rz 16; SCHWAB Rz 15 mNachw). Bestehen zwischen dem Kind und seinen Verwandten (zB den Großeltern) enge Beziehungen, so ist zu prüfen, ob die Adoption durch Dritte wirklich dem Wohl des Kindes (§ 1741) dient.

III. Einwilligung

21 1. Blankoeinwilligung

Abs 3 S 2 verbietet die Blankoeinwilligung; denn die Einwilligung darf sich nur auf bereits feststehende Annehmende beziehen. Schon vor der Reform v 1976 vertraten Rspr u L trotz nicht eindeutiger gesetzl Regelung die Ansicht, daß Blankoeinwilligungen unzulässig seien (Nachw in der Voraufl § 1747 Rz 14 ff). Im RegE (BT-Drucks 7/3061, 21) heißt es: „Auch im neuen Recht soll die Erleichterung der Vermittlung der Annahme als Kind keinen Vorrang vor dem Mitwirkungsanspruch der Eltern haben. ... ‚Staatsmündel‘, für die nur eine staatliche Stelle Verantwortung trägt, sollen nicht entstehen. Aus der elterlichen Pflicht zur Pflege und Erziehung der Kinder ergibt sich die sittliche Verpflichtung der Eltern oder der nichtehelichen Mutter, die Einwilligung zur Annahme nicht ohne ein Mindestmaß an Unterrichtung über die Lebensverhältnisse des Kindes abzugeben.“ Der krit Hinw darauf, daß mit der Zulassung der Blankoeinwilligung Kinder zur Disposition staatlicher Einrichtungen gestellt würden (so GERNHUBER § 62 V Fn 6; vgl auch BT-Drucks 7/5087, 12: Verstoß gegen Art 6 Abs 2 GG; ROTH-STIELOW Rz 15: „moderner Menschenhandel“; GLÄSSING 113; DÖLLE Bd 2 § 112 III 2 c), übersieht, daß der Wunsch einer Mutter (oder des Vaters), in eine Adoption einzuwilligen, nicht nur eine aus dem Elternrecht fließende eigenverantwortliche Entscheidung, sondern auch ein Signal für die Schutzbedürftigkeit des Kindes ist, das staatliches Handeln nach Art 6 Abs 2 S 2 erforderlich macht (FRANK 156 f). Man sollte den Hinw auf Art 6 Abs 2 S 1 GG nicht im Interesse von Eltern strapazieren, die ihr Elternrecht (blanko) preiszugeben wünschen. Aus der Sicht des einwilligungsberechtigten Elternteils macht es ohnehin keinen großen Unterschied, ob er in eine Inkognitoadoption durch zwar feststehende, aber für ihn anonyme Adoptiveltern einwilligt oder ob er seine Einwilligungserklärung von vornherein blanko erteilt. Der Praxis bereitet

das Verbot der Blankoeinwilligung gelegentlich Schwierigkeiten (für die Zulassung der Blankoeinwilligung FEIL MittAGJ 64 [1972] 27, 29; SCHNABEL MittAGJ 64 [1972] 18, 19; SCHMIDGEN MittAGJ 67 [1973] 30, 32; DAIMER BayNotV 1924, 368 ff; MÜLLER DAVorm 1973, 528; Akademikerverbände FamRZ 1974, 170, 171; ausf zur Gesamtproblematik mwHinw GROB 80 ff), weil Adoptionen verzögert werden, etwa wenn die zunächst angestrebte Adoption nicht zustandekommt und die Mutter danach unauffindbar bleibt. Wird ein Ersetzungsverfahren nach § 1748 eingeleitet, so müssen außerdem die künftigen Adoptiveltern bereits feststehen, auch wenn sie später bei entspr Verfahrensdauer oft monate- oder jahrelang in der unerträglichen Ungewißheit leben müssen, ob es zu einer Adoption kommt oder nicht. In der Schweiz (Art 265 a Abs 3 ZGB), in den romanischen Rechtsordnungen (Frankreich Art 348–4 Cc; Belgien Art 349 Cc) und in den USA (vgl zum Institut des „relinquishment“ § 9 [a] u [b] Uniform Adoption Act u PÜTTER 106) bestehen jedenfalls keine Bedenken, Blankoeinwilligungen zuzulassen.

2. Eventual- und Alternativeinwilligung

22

Abs 3 S 2 des RegE (BT-Drucks 7/3061, 4) lautete ursprüngl, daß der Einwilligende „den“ schon feststehenden Annehmenden nicht zu kennen brauche. Diese Formulierung stand und steht in Einklang mit der anderer Bestimmungen, in denen das AdoptG v 1976 von „dem“ Annehmenden im Singular auch dann spricht, wenn die Annahme durch ein Ehepaar erfolgt (zB § 1741 Abs 1). Auf Antrag des RAussch (BT-Drucks 7/5087, 13) wurde in Abs 3 S 2 bewußt die Formulierung gewählt, daß der Einwilligende „die“ schon feststehenden Annehmenden nicht zu kennen brauche. Damit sollte klargestellt werden, daß eine „Einwilligung nicht nur zur Adoption des Kindes durch eine Person oder ein Ehepaar erteilt (werden kann), sondern gleichzeitig auch für den Fall, daß das zunächst vorgesehene Annahmeverhältnis nicht zustande kommen sollte, zur Adoption durch ein weiteres Ehepaar oder mehrere weitere Ehepaare. Der Ausschuß hält diese Verbindung einer Einwilligungserklärung mit **hilfsweisen Einwilligungserklärungen** für zulässig“ (BT-Drucks 7/5087, 13). Erkennbares Ziel des Gesetzgebers war es, die Härten des Verbots der Blankoeinwilligung durch die Zulassung von Eventualeinwilligungen zu mildern (vgl auch BAER-GROSS 29 f). Bei dieser Ausgangslage sollte man nicht versuchen, das vom Gesetzgeber gewünschte Ergebnis durch einen Hinw auf die Bedingungsfeindlichkeit der Einwilligung (§ 1750 Abs 2 S 1) wieder in Frage zu stellen (heute hM, vgl MünchKomm-LÜDERITZ Rz 17 in Abweichung von der VoraufL und entgegen NJW 1976, 1865, 1868; ERMAN-HOLZHAUER Rz 4; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 10; SOERGEL-LIERMANN Rz 7).

Bedenken bestehen allerdings gegen **Alternativeinwilligungen**, bei denen der Einwilligungsberechtigte sein Einverständnis mit der Adoption durch eine möglicherweise unbegrenzte Vielzahl von Bewerbern erklärt und der Adoptionsvermittlungsstelle die Auswahl überläßt. In der Kommentarliteratur wird überraschenderweise nicht die Alternativeinwilligung, sondern eher die oben genannte Eventualeinwilligung für problematisch gehalten (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 10; SOERGEL-LIERMANN Rz 7; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 17; aA ERMAN-HOLZHAUER Rz 4; auch die Bedenken von BINSCHUS [ZfF 1976, 191, 196] und OBERLOSKAMP [DAVorm 1977, 89, 103] gegen die Eventualeinwilligung betreffen in Wirklichkeit die Alternativeinwilligung). Daß der Gesetzgeber die Alternativeinwilligung zulassen wollte, kann den Gesetzesmaterialien nicht entnommen werden. Es würde auch dem Sinn des Verbots der Blankoeinwilligung widersprechen, wollte man ohne zahlenmäßige Begrenzung (!) (so GERNHUBER § 62 V 6, wobei allerdings zweifelhaft ist, ob Alternativität nicht iS v Eventualität gemeint ist) eine Einwilligung in die Adoption

23

durch alle in der Liste des JugA X geführten Adoptionsbewerber gutheißen. Unzulässig ist es deshalb entgegen einem DIV-Gutachten in ZfJ 1986, 560 auch, eine alternative Einwilligungserklärung „nachzuschieben“, nachdem die bereits erteilte Einwilligungserklärung unwiderruflich geworden ist (so auch MünchKomm-LÜDERITZ Rz 17 Fn 43). Etwas anderes gilt wegen § 1747 Abs 2 S 2 nur dann, wenn der Vater des nichtehel Kindes einen Antrag auf Ehelicherklärung oder Adoption stellen sollte, nachdem die Mutter bereits bindend in eine Annahme durch Dritte eingewilligt hat (vgl DIV-Gutachten ZfJ 1990, 531, 532).

24 3. Beschränkung der Einwilligung

Zulässig ist eine Beschränkung der Einwilligung dergestalt, daß der Annehmende bestimmte objektivierbare Voraussetzungen zu einem bestimmten Zeitpunkt (idR dem des Annahmebeschlusses) erfüllt, zB was Religionszugehörigkeit, Nationalität, Beruf angeht (OBERLOSKAMP 140 f; GROB 109 ff; LISTL FamRZ 1974, 74 betr Religionszugehörigkeit; DÖLLE Bd 2 §§ 112 III 2 c, 113 I 4; GERNHUBER § 62 VI Fn 8; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 3 aE. – AA ERMAN-HOLZHAUER Rz 6; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 16; SOERGEL-LIERMANN Rz 10). Eine unzulässige Bedingung (§ 1750 Abs 2 S 1) iS eines zukünftigen ungewissen Ereignisses liegt hier nicht vor. Auch zwingt die ratio des § 1750 Abs 2 S 1 nicht dazu, derartige Beschränkungen als unzulässige **unechte** Bedingung anzusehen, um die Adoption nicht mit möglichen Fehlerquellen zu belasten (so aber ERMAN-HOLZHAUER Rz 6). Zu unterscheiden ist allerdings zwischen einem bloßen Wunsch der Einwilligungsberechtigten und einer wirklichen Beschränkung der Einwilligung. Letztere müßte mit der Einwilligungserklärung gem § 1750 Abs 1 S 2 notariell beurkundet werden. – Nicht zulässig wäre es freilich, die Einwilligung davon abhängig zu machen, daß das Kind später auch tatsächlich in einem bestimmten Bekenntnis erzogen wird (vgl § 1 RelKErzG), daß Beruf oder Staatsangehörigkeit nicht gewechselt werden. Hier würde es sich in der Tat um eine unzulässige Bedingung handeln.

4. Inkognitoadoption

25 a) Sicherung des Inkognito im Annahmeverfahren

Nach Abs 3 S 2 braucht der Einwilligende die schon feststehenden Annehmenden nicht zu kennen. Damit wird in Übereinstimmung mit Art 20 EuAdoptÜbEink die Inkognitoadoption ausdrücklich anerkannt (BT-Drucks 7/3061, 38). Zur **Entstehungsgeschichte** vgl oben Rz 4. Durch die Inkognitoadoption soll dem Kind in der neuen Familie eine Entwicklung gesichert werden, die nicht durch unvorbereitetes Dazwischentreten der leibl Verwandten gestört werden kann. Gewahrt wird das Inkognito in der Weise, daß die Eltern des ehel oder die Mutter des nichtehel Kindes ihre Einwilligung in die Annahme durch die unter Nr X der Liste einer bestimmten Adoptionsvermittlungsstelle genannten Adoptiveltern erklären. Dem Einwilligenden werden die wichtigsten Lebensumstände der Annehmenden (Staatsangehörigkeit, Konfession, wirtschaftliche und soziale Lage, familiäre Verhältnisse) mitgeteilt, soweit durch diese Information das Inkognito nicht gefährdet wird. Auch das BVerfG (BVerfGE 24, 119, 155 = NJW 1968, 2233, 2238 = FamRZ 1968, 578, 587) geht davon aus, daß eine Unterrichtung der Eltern über die allg Verhältnisse der Adoptiveltern „in der Regel geboten“ ist.

26 Das **Inkognito** des Abs 3 S 2 ist **einseitig**. Die leibl Eltern kennen die Adoptiveltern nicht, während umgekehrt keine Bedenken bestehen, den Adoptiveltern Namen und Adresse der leibl Eltern mitzuteilen. Die Regelung wird mit dem Recht des

Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft und damit begründet, daß in Krankheitsfällen gewährleistet sein muß, daß umgehend die notwendigen Informationen über die leibl Eltern eingeholt werden können. Selbstverständlich ist indes die Einseitigkeit des Inkognito nicht. Andere Rechtsordnungen schützen auch die leibl Eltern vor späteren Nachforschungen des Kindes, von dem sie sich endgültig trennen wollten (vgl dazu FRANK FamRZ 1988, 113, 117 bei Fn 29).

„Offene Adoptionen“ (Nicht-Inkognitooptionen) kommen in der Praxis gelegentlich auch dann vor, wenn es sich um die Annahme eines den Adoptiveltern vorher nicht bekannten Kindes handelt. Die Zweckmäßigkeit solcher Adoptionen wird derzeit lebhaft diskutiert (ROTH ZfJ 1986, 258; EDER Kindeswohl 1989, 14; TEXTOR UJ 1988, 530 u Jugendwohl 1989, 10; FRIEDRICH-WENNERSHEIDE, Aspekte zur Pflegekindschaft und zur offenen Adoption, Referate der Fachtagung der Pflege- und Adoptiveltern eV [1988] 17 ff). Für die Abgebenden mag die offene Adoption erträglicher und beruhigender sein. Für die Annehmenden und das Kind ist sie jedoch im Zweifelsfall belastend (OBERLOSKAMP 140 f). Annehmende, die eine offene Adoption wünschen, überschätzen oft ihre Kräfte. Ist das Inkognito erst einmal gelüftet, ist es für eine Korrektur zu spät.

b) Spätere Wahrung des Inkognito

28

Der Zweck der Inkognitooption liefe leer, wenn das Inkognito nicht auch nach Abschluß des Annahmeverfahrens gesichert würde. Aus diesem Grund ordnet § 1758 ein Offenbarungs- und Ausforschungsverbot an. Innerhalb der Grenzen dieses Verbots ist nach § 34 Abs 2 FGG die Einsichtnahme in Akten und die Erteilung von Abschriften zu versagen. Ein auf Antrag in das Geburtenbuch beim Eintrag der Geburt des Kindes einzutragender Sperrvermerk diene bis zur Gesetzesänderung des AdoptG v 1976 der Geheimhaltung des Namens der Annehmenden vor den leibl Verwandten des Kindes (§ 61 Abs 2 PStG aF). Nach der heutigen Fassung des § 61 Abs 2 PStG bedarf es keines Sperrvermerks mehr. Es darf nur noch Behörden, den Annehmenden, deren Eltern, dem gesetzl Vertreter des Kindes und dem über 16 Jahre alten Kind selbst Einsicht in den Geburtseintrag gestattet oder eine Personenstandsurkunde aus dem Geburtenbuch erteilt werden. Die vor allem im allg Behördenverkehr oft benötigte Geburtsurkunde weist als Eltern nur die Annehmenden aus (§ 61 Abs 2 PStG); anders die Abstammungsurkunde (§ 62 Abs 1 PStG), die der Angenommene wegen § 4 EheG spätestens bei seiner Eheschließung benötigt, was zu schweren Konflikten führen kann, wenn die Adoptiveltern es versäumt haben, den Angenommenen rechtzeitig über die Tatsache der Adoption aufzuklären. Zur Sicherung des Inkognito erlaubt das polizeiliche Meldeverfahren nach wie vor die Eintragung von Sperrvermerken bei den Einwohnermeldeämtern (Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung idF v 1988 unter 13.3). Außerdem werden Adoptivkinder in der Praxis oft unter Scheinadressen zwischen gemeldet, bevor sie am Wohnsitz der Adoptiveltern gemeldet werden (OBERLOSKAMP 238). Zur Wahrung des Inkognito bei Abstammungsprozessen, die auch nach dem Ausspruch der Annahme möglich sind, vgl § 1755 Rz 16.

IV. Überlegungsfrist (Abs 3 S 1)

1. Zweck und Entstehung der Vorschrift

29

Die Einwilligung kann wirksam erst erteilt werden, wenn das Kind 8 Wochen alt ist. Die Frist dient dem **Schutz der Eltern, besonders der Mütter nichtehel Kinder**, vor einer übereilten Weggabe ihres Kindes. Mütter nichtehel Kinder sind in besonderem Maße während der Schwangerschaft Belastungen ausgesetzt. Sie benötigen

nach der Geburt ausreichend Zeit, um eine Entscheidung verantwortlich treffen zu können. Die Überlegungsfrist darf allerdings auch nicht zu lang bemessen sein; denn der Bindungsprozeß von Kindern an eine Bezugsperson beginnt sehr früh und ist im 2. und 3. Lebensmonat bereits deutlich ausgeprägt (vgl HASENSTEIN, Verhaltensbiologie des Kindes [4. Aufl 1987] 66; NISSEN in: EGGER-LEMP- NISSEN-STRUNK, Kinder- und Jugendpsychiatrie [5. Aufl 1989] 96 ff). Es liegt deshalb im Interesse des Kindes, bald zu seinen künftigen Eltern zu finden. Das Streben der Adoptionsvermittlungsstellen, Kinder möglichst aus der Klinik heraus in die Pflege der in Aussicht genommenen Adoptiveltern zu geben, ist problematisch, weil auf diese Weise die Mutter zwar nicht de jure, wohl aber de facto ihre Überlegungsfrist einbüßt (vgl auch KEMPER FamRZ 1978, 261).

- 30 Zur **Entstehungsgeschichte** des Abs 3 S 1 vgl Rz 3. Bei der Reform v 1976 hatte der RegE zunächst noch eine Frist von 6 Wochen vorgeschlagen (BT-Drucks 7/3061, 37). Die heutige Fassung von Abs 3 S 1 geht auf einen Antrag des RAussch (BT-Drucks 7/5087, 12) zurück und stellt eine akzeptable Kompromißlösung dar. Das EuAdoptÜbEink sieht in Art 5 Abs 4 eine Mindestüberlegungsfrist von 6 Wochen vor. Zur Diskussion um die Länge der Überlegungsfrist vgl Vorschläge der AGJ zur Reform des Adoptionsrechts und des Adoptionsvermittlungsrechts MittAGJ 64 (1972) 33 (3 Monate); ENGLER 74 f (zwischen 6 Wochen und 3 Monaten); FEIL MittAGJ 64 (1972) 21 f (6 Wochen); PECHSTEIN MittAGJ 61/62 (1971) 53, 56 (1 Monat).
- 31 Obwohl die 8-Wochen-Frist in erster Linie dem **Schutz der Mutter eines nichtehel Kindes** dient, gilt sie ebenso für die **Mutter und** – überraschend – auch den **Vater eines ehel Kindes**. Daß auch die Väter ehel Kinder geschützt werden, ist kein Redaktionsversehen (vgl BT-Drucks 7/5087, 12). Eine entspr Regelung enthielt bereits § 1747 Abs 2 aF. Es wäre auch nicht sinnvoll, bei ehel Kindern die Überlegungsfrist der Eltern unterschiedlich festzusetzen.

32 2. Pränatale Einwilligung

Eine pränatale Einwilligung, wie sie zT vor der Reform des Adoptionsrechts gefordert worden war (vgl BOSCH ua FamRZ 1972, 356; Akademikerverbände FamRZ 1974, 170; STÖCKER FamRZ 1974, 568) und auch heute noch vor allem von BOSCH (FamRZ 1983, 976; FamRZ 1984, 839, 840; NJW 1987, 2617, 2630) für richtig gehalten wird, kennt das geltende Recht wegen der 8-Wochen-Überlegungsfrist nicht. Die pränatale Einwilligung soll der Tötung ungeborenen Lebens („**abgeben statt abtreiben**“) entgegenwirken, indem sichergestellt wird, daß die nichtehel Mutter – an sie ist in erster Linie gedacht – bereits mit der Geburt von allen persönlichen und finanziellen Verpflichtungen definitiv freigestellt wird. Gelingt es, für das Kind im Mutterleib Adoptiveltern zu finden, so würde die pränatale Einwilligung ergänzt durch eine **pränatale Adoption**.

- 33 Gegen die pränatale Einwilligung spricht, daß sie ohnehin nur mit einem Widerrufsrecht „binnen 2–3 Monaten nach der Geburt“ (so BOSCH NJW 1987, 2630) befürwortet werden könnte, so daß aus der Sicht der Mutter die Unterschiede zur Regelung des geltenden Rechts gering wären. Was an Vorteilen bliebe, wäre die völlige Freistellung der Mutter von jeder persönlichen und finanziellen Verantwortung zu Lasten des Staates oder der bereits feststehenden Adoptiveltern. Angesichts des seit Jahren bestehenden Überhangs an Adoptionsbewerbern würde der Mutter de facto nur das Risiko abgenommen, daß ihr Kind nicht gesund zur Welt kommt und deshalb nur schwer zu vermitteln wäre. Ob Mütter mit Blick auf dieses „Restrisiko“ abtreiben statt abzugeben, erscheint fraglich. Empirische Untersu-

chungen fehlen, dürften allerdings auch kaum zuverlässige Daten liefern (gegen pränatale Einwilligung und Adoption vgl BT-Drucks 7/3061, 20; BT-Drucks 7/5087, 12; Deutscher Richterbund [ZIERL] DRiZ 1984, 108; GROB 65 ff mNachw).

3. Ersatzmutterschaft, Leihmutterschaft

a) Ersatzmutterschaft

34

Eine Ersatzmutter ist eine Frau, die ein genetisch eigenes Kind austrägt und sich bereit erklärt, das Kind nach der Geburt Wunscheltern zu überlassen. **Vereinbarungen** zwischen der Mutter und den Wunscheltern wegen einer angestrebten späteren Statusänderung des Kindes durch Adoption sind ohne Rücksicht auf die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung schon wegen der Regelung des Abs 3 S 1 nur unverbindliche Absichtserklärungen. Verweigert die Ersatzmutter nach der Geburt die Herausgabe des Kindes sowie ihre Einwilligung in die Adoption, so kommt allein wegen der getroffenen Entgeltabsprache weder eine Entziehung des Sorgerechts (§§ 1666, 1666 a) noch eine Ersetzung der Einwilligung (§ 1748) in Betracht (KG OLGZ 1985, 291 = NJW 1985, 2201 = FamRZ 1985, 735 = JZ 1985, 1053 mAnm GIESEN). Ist die Ersatzmutter verheiratet, so ist für eine Adoption auch die Einwilligung des Ehemannes erforderlich (Näheres COESTER-WALTJEN Verh 46. DJT [1986] Bd 1 S B 9, B 83 ff).

b) Leihmutterschaft

35

Eine Leihmutter ist eine Frau, die ein nicht aus ihrer Eizelle entstandenes Kind zur Welt bringt, welches sie an Wunscheltern abgeben will. Ist die Vorfrage der rechtl Zuordnung des Kindes geklärt (dazu oben Rz 8), so gilt für eine Statusänderung durch Adoption aufgrund einer vor der Geburt getroffenen Vereinbarung das gleiche wie im Falle der Ersatzmutterschaft. Einwilligungserklärungen sind nur nach Maßgabe der §§ 1747, 1750, insbesondere unter Beachtung der 8-Wochen-Frist, möglich.

V. Entbehrlichkeit der Einwilligung (Abs 4)

1. Dauernde Verhinderung

36

Wichtigster Fall dauernder Verhinderung an der Abgabe einer Erklärung ist die **Geschäftsunfähigkeit** (BT-Drucks 7/3061, 38; Vorauf § 1746 Rz 10; ERMAN-HOLZHAUER Rz 17; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 18). Beschränkte Geschäftsfähigkeit läßt hingegen das Einwilligungsrecht bestehen (§ 1750 Abs 3 S 2). Dauernde Verhinderung ist auch dann anzunehmen, wenn sich der Berechtigte schon über einen längeren Zeitraum in einem Zustand der Bewußtlosigkeit befindet oder sich sonst weder schriftlich noch mündlich äußern kann, ohne daß eine Änderung dieses Zustandes in absehbarer Zeit zu erwarten ist (ROTH-STIELOW Rz 13).

Fraglich ist, ob bei **offenkundig scheinehel Kindern** von der Einwilligung des Ehemannes, der von der Existenz des Kindes nichts weiß, abgesehen werden kann, wenn bei Kenntniserlangung des Scheinvaters mit erheblichen Gefahren für die Mutter gerechnet werden muß. Daß eine Benachrichtigung des Ehemannes zu familiären Schwierigkeiten, evtl auch zu einer gesellschaftlichen Diskriminierung der Frau führen würde, kann nicht ausreichen, um eine Benachrichtigung als unzumutbar und infolgedessen den Ehemann in analoger Anwendung von Abs 4 als

dauernd außerstande anzusehen, eine Einwilligungserklärung abzugeben. Etwas anderes gilt dann, wenn es aus humanitären Gründen nicht mehr verantwortet werden kann, den Ehemann zu informieren (AG Ludwigsburg BWNotZ 1984, 23 u AG Hamburg-Bergedorf DAVorm 1979, 195: Todesgefahr für die türkische Mutter; AG XY ZfJ 1986, 462: existenzvernichtende gesellschaftliche Sanktionen zu Lasten der griechischen Mutter; verfehlt und wegen der heute möglichen Ersetzung der Einwilligung nach § 1748 auch überholt AG Achern FamRZ 1959, 378 mAnm Bosch; DIV-Gutachten ZfJ 1986, 460; Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung idF v 1988 unter 10.2; BAER-GROSS 137; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 4; Münch-Komm-LÜDERITZ Rz 18).

38 2. Unbekannter Aufenthalt

Die Einwilligung ist auch dann entbehrlich, wenn der Aufenthalt des Berechtigten dauernd unbekannt ist. Als Beispiel wird schon in den Motiven zum BGB (Mot IV 965) das Findelkind genannt. Zu denken ist darüber hinaus allg an Fälle, in denen vor allem infolge von Kriegseinwirkungen, Naturkatastrophen, aber auch individuellen Umständen der Name der Eltern oder eines einwilligungsberechtigten Elternteils unbekannt ist. Sind die Einwilligungsberechtigten namentlich bekannt, so sind sie ausfindig zu machen. Ob eine polizeiliche Ausschreibung Erfolg verspricht, und wie lange im Falle einer erfolglosen Ausschreibung zuzuwarten ist, kann nur aufgrund der konkreten Einzelsituation entschieden werden (OBERLOSKAMP ZBIJugR 1980, 581, 592; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 19 u BGB-RGRK-DICKESCHIED nennen eine Regelfrist von 6 Monaten). Zur Nachforschungspflicht bei Auslandsaufenthalt des Einwilligungsberechtigten vgl DIV-Gutachten ZfJ 1990, 61.

39 3. Inzidententscheidung, Abgrenzung zu § 1748

Die Entscheidung darüber, ob die Voraussetzungen des Abs 4 gegeben sind, trifft das VormG **inzidenter** mit dem Ausspruch über die Annahme (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 18; SOERGEL-LIERMANN Rz 14). In dem die Annahme aussprechenden Beschluß ist anzugeben, daß die Einwilligung eines Elternteils nach Abs 4 nicht für erforderlich erachtet wurde (§ 56 e S 1 HS 2 FGG; Näheres § 1752 Rz 23). Diese Feststellung ist für eine eventuelle Aufhebung des Annahmeverhältnisses von Bedeutung. Sind nämlich die Voraussetzungen des Abs 4 zu Unrecht angenommen worden, kann das Annahmeverhältnis nach § 1760 Abs 1 iVm Abs 5 aufgehoben werden. Dies führt im **Überschneidungsbereich v § 1747 Abs 4 u § 1748** zu Abgrenzungsfragen mit erheblichen praktischen Konsequenzen (OBERLOSKAMP ZBIJugR 1980, 581, 591). Ist zB der Aufenthalt eines einwilligungsberechtigten Elternteils dauernd unbekannt, so kann außer über § 1747 Abs 4 ggf auch nach § 1748 Abs 2 S 2 vorgegangen werden. Bei einer die Geschäftsfähigkeit ausschließenden Geisteskrankheit des Einwilligungsberechtigten liegt ein Ersetzungsgrund nach § 1748 Abs 3 vor, von der Einholung der Einwilligung könnte aber auch nach § 1747 Abs 4 abgesehen werden. Während jedoch das Übergehen eines Einwilligungsberechtigten einen Aufhebungsgrund nach § 1760 darstellt, erwächst der Ersetzungsbeschluß in Rechtskraft, so daß eine Aufhebung der Annahme aus Gründen, auf denen der Beschluß beruht, nicht mehr möglich ist. Deshalb sollte in Fällen, in denen sowohl nach § 1747 Abs 4 verfahren werden kann, als auch eine Ersetzung der Einwilligung nach § 1748 in Betracht kommt, im Zweifel der (bestandskräftigeren) Ersetzung der Vorzug gegeben werden (so auch DIV-Gutachten ZfJ 1987, 379 für den Fall, daß die Eltern geisteskrank sind). De lege ferenda wäre zu überlegen, wie eine Harmonisie-

rung von § 1747 Abs 4 und § 1748 Abs 2 S 2, Abs 3 erreicht werden kann. Zu denken wäre an ein besonderes Beschlußverfahren auch für § 1747 Abs 4.

VI. Mängel der Einwilligung

40

Kommt es zum Ausspruch der Annahme trotz Fehlens der Einwilligung der Eltern des ehel oder der Mutter des nichtehel Kindes oder ist die Einwilligung mit einem der in § 1760 Abs 2 genannten Mängel behaftet, so ist die Adoption nach Maßgabe der §§ 1760–1762 aufhebbar. Über die Wirksamkeit der (unwiderruflich gewordenen) Einwilligung kann vor Erlaß des Adoptionsdekrets in einem selbständigen Verfahren entschieden werden (Näheres § 1752 Rz 21). Die Wirksamkeit der Einwilligung beurteilt sich vor Erlaß des Adoptionsdekrets nicht nach § 1760 Abs 2, sondern nach allg Grundsätzen des bürgerlichen Rechts (Näheres § 1750 Rz 6).

VII. Rechtsstellung des Vaters des nichtehelichen Kindes

1. Allgemeines

41

Zur Entstehungsgeschichte s Rz 2; zum fehlenden Einwilligungsrecht und zur verfassungsrechtl Problematik s Rz 10–15.

2. Voraussetzungen des Annahmeantrags

42

Die Rechte, die das Ges in Abs 2 S 2 dem Vater eines nichtehel Kindes einräumt, stehen nur dem zu, dessen **Vaterschaft durch Anerkennung oder gerichtl Entscheidung** feststeht (§ 1600 a). Ist die Vaterschaft festgestellt, so entfaltet der Annahmeantrag allerdings auch dann keine Sperrwirkung, wenn der Vater nicht das **21. Lebensjahr vollendet hat** (§ 1743 Abs 3). **In diesem Fall könnte ein Antrag auf Ehelicherklärung weiterhelfen, der auf seiten des Vaters keine Altersgrenze vorsieht (§ 1728 Abs 2).**

Schwierig zu entscheiden ist, ob im Falle einer angestrebten Säuglings- oder Kleinkindadoption die Vaterschaftsfeststellung überhaupt betrieben, ob sie weiterbetrieben werden muß und ob ggf eine **Verzögerung der Adoption** hinzunehmen ist, um dem noch nicht feststehenden Vater die Wahrnehmung seiner Rechte aus Abs 2 S 2 zu ermöglichen (vgl dazu BT-Drucks 7/5087, 15 f; LG Stuttgart FamRZ 1978, 147 = Rpfleger 1978, 16; LG Berlin FamRZ 1978, 148; BAER-GROSS 67 ff; OBERLOSKAMP 161; BARTH ZfJ 1984, 68; DIV-Gutachten ZBIJugR 1983, 222; ULLENBRUCH ZBIJugR 1977, 426; BRÜGGEMANN ZBIJugR 1977, 199, 204 f; OBERLOSKAMP DAVorm 1977, 89, 107; BINSCHUS ZfF 1976, 191, 199; MÜLLER DAVorm 1976, 441, 447). Wird die Vaterschaft anerkannt, so stehen dem Anerkennenden uneingeschränkt die Rechte aus Abs 2 S 2 zu. Verweigert jedoch das Kind – vertreten durch das JugA (§§ 1706, 1709) – die erforderliche Zustimmung zur Anerkennung (§ 1600 c), so ist eine Vaterschaftsfeststellung nur durch gerichtl Entscheidung möglich (§ 1600 n). In diesem Fall ist das **Adoptionsverfahren auszusetzen**, „wenn eine dadurch eintretende Verzögerung dem Wohl des Kindes nicht widerspricht“ (BT-Drucks 7/5087, 15; auch MünchKomm-LÜDERITZ Rz 21). Abzuwägen sind das Interesse des Kindes an einer baldigen festen Eingliederung in eine Familiengemeinschaft gegenüber dem Interesse des (möglichen) Vaters an seinem Kind sowie des Kindes an seinem (möglichen) Vater. Dem Interesse des Kindes an der Kenntnis seiner Abstammung (vgl dazu betr Ehelichkeitsanfechtung BVerfGE 79, 256 =

NJW 1989, 891 = FamRZ 1989, 255 mAnm GIESEN JZ 1989, 364, ENDERS NJW 1989, 881, RAMM NJW 1989, 1589) könnte notfalls auch durch eine **Vaterschaftsfeststellung nach erfolgter Adoption** (vgl § 1755 Rz 15) Rechnung getragen werden. Grds ist es jedenfalls die Pflicht des JugA (§§ 1706, 1709), dafür Sorge zu tragen, daß die Vaterschaft so schnell wie möglich festgestellt wird. Unzulässig wäre es, eine **mögliche Vaterschaftsanerkennung zu verzögern** oder zu hintertreiben, um den Vater an der Ausübung seiner Rechte zu hindern und sich der Pflicht zur Beratung (§ 51 Abs 3 SGB VIII) zu entziehen. Wird allerdings die **Vaterschaft bestritten**, und spricht alles für eine baldige Adoption durch feststehende Adoptionsbewerber, so kann von einer Vaterschaftsfeststellungsklage abgesehen werden. In diesem Sinne verfährt auch die Praxis (vgl insbes LG Stuttgart FamRZ 1978, 147 = Rpfleger 1978, 16; BARTH ZfJ 1984, 68; ULLENBRUCH ZBlJugR 1977, 426). Aufschlußreich sind die von BARTH (ZfJ 1985, 68 Fn 6) mitgeteilten Daten: Während in dem beobachteten Zeitraum nur bei 19,5% aller *adoptierten* Minderjährigen eine Vaterschaftsanerkennung und nur bei 5,9% eine gerichtliche Vaterschaftsfeststellung erfolgt war, waren bei nichtehel Kindern allg 75,8% Vaterschaftsanerkennungen und 11,5% Feststellungen zu verzeichnen.

- 44** Ist die **Vaterschaft nicht festgestellt**, so kann der Erzeuger dennoch wie jeder andere Adoptionsbewerber einen Annahmeantrag stellen. Dieser entfaltet dann allerdings nicht die Sperrwirkung des Abs 2 S 2.
- 45** Die Sperrwirkung des Abs 2 S 2 tritt ein, sobald der Vater einen **Antrag auf Ehelicherklärung oder Adoption** gestellt hat. Daß das Gesetz auch die Ehelicherklärung nennt, überrascht zunächst, da Abs 2 S 2 erkennbar vom Normalfall ausgeht, daß die Kindesmutter ihr Einverständnis mit einer *Adoption* erklärt hat. Ehelicherklärung und Adoption sind jedoch die einzigen rechtstechnischen Hilfsmittel, ein nichtehel Kind seinem Vater zuzuordnen (krit dazu oben Rz 10), und ebenso wie die Adoption (§ 1748) ist auch die Ehelicherklärung (§ 1727) notfalls gegen den Willen der Kindesmutter möglich. Trotzdem wird eine Ehelicherklärung, welche die Rechtsbeziehungen des Kindes zur Mutter lockert, aber nicht löst, kaum in Betracht kommen, wenn die Mutter selbst eine völlige Loslösung von ihrem Kind anstrebt.

46 3. Belehrung durch das Jugendamt

Nach § 51 Abs 3 SGB VIII hat das JugA den Vater des nichtehel Kindes über seine Rechte aus Abs 2 S 2 u 3 zu beraten. Die Beratung soll nach § 51 Abs 3 S 2 SGB VIII so rechtzeitig erfolgen, daß der Vater sich, ehe das Kind in Pflege gegeben wird, entscheiden kann, ob er die Ehelicherklärung oder die Annahme des Kindes beantragen oder ob er auf den Antrag verzichten will, spätestens jedoch vor der Anhörung des JugA oder vor der Abgabe der gutachtlichen Äußerung durch das JugA (Näheres zur Entstehungsgeschichte von § 51 Abs 3 SGB VIII [früher § 51 b JWG] in BT-Drucks 7/3061, 68 u 81 und BT-Drucks 7/5087, 27f).

- 47** **Unterlassene Beratung** kann selbst „bei echter Elternbereitschaft“ eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses nicht nach § 1763 rechtfertigen (so aber PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2; aA GERNHUBER § 62 VI 2 Fn 4; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 26). Wird aber der nichtehel Vater auch im vormundschaftsgerichtl Annahmeverfahren übergangen, so kann die darin liegende Verletzung seines Anspruchs auf rechtl Gehör (vgl oben Rz 15) mit der Verfassungsbeschwerde gerügt und – in Ausnahmefällen – eine Aufhebung der Adoption nach Maßgabe der unter § 1759 Rz 12 genannten Kriterien erreicht werden. Wenn der Vater nach Belehrung einen Ehelichkeitserklärungs- oder Annahmeantrag nicht stellen will, soll das JugA im Interesse eines ungestörten Adoptionsverfahrens auf eine Verzichtserklärung hin-

wirken (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6). Eine Weigerung des Vaters, den Verzicht zu erklären, ist für den Fortgang des Adoptionsverfahrens ebenso irrelevant wie der von ihm geäußerte bloße Wunsch, das Kind für ehel erklären zu lassen oder selbst anzunehmen (so auch DIV-Gutachten ZfJ 1987, 22). Die Sperrwirkung tritt erst mit einem entspr Antrag ein. Ist der Vater nicht bekannt, so kann und braucht er nicht belehrt zu werden. Zu unterscheiden hiervon ist die Frage, ob einer Adoption des Kindes durch den Stiefvater entgegensteht, daß dieser den ihm bekannten Namen des nichtehel Vaters verschweigt, um dessen Belehrung zu verhindern (gegen die Annahme in diesem Fall LG Berlin FamRZ 1978, 148; ERMAN-HOLZHAUER § 1741 Rz 6; PALANDT-DIEDERICHSEN § 1741 Anm 2 a; zurückhaltender KG OLGZ 1978, 257, 259 ff = DAVorm 1978, 788, 793).

4. Sperrwirkung des Antrags

48

Solange über den Annahmeantrag des Vaters keine Entscheidung ergangen ist, darf nach Abs 2 S 2 HS 1 die Annahme durch Dritte nicht ausgesprochen werden. Über den Vorrang des Vaters gegenüber anderen Adoptionsbewerbern bei dieser Entscheidung vgl Rz 51. Wird der **Antrag des Vaters abgelehnt**, so entfällt die Sperrwirkung. Da der abl Beschluß mit der einfachen (unbefristeten) Beschwerde anfechtbar ist (Näheres § 1752 Rz 35), ergeben sich Probleme, die der Gesetzgeber nicht gesehen hat. Man wird wohl nicht umhin können anzunehmen, daß die mit der Ablehnung des Antrags zunächst entfallende Sperrwirkung mit der Einlegung der Beschwerde wiederauflebt.

Keine Sperrwirkung entfaltet der Antrag des Vaters bei **Annahme des nichtehel 49 Kindes durch seine Mutter** (Abs 2 S 2 HS 2). Die verfassungsrechtl ohnehin bedenkliche Hintansetzung des Vaters (vgl Rz 12) wird hier besonders offenkundig, weil das Ges bei konkurrierenden Annahmeanträgen von Mutter und Vater nicht einmal eine Abwägung zwischen beiden Elternteilen als Adoptionsbewerbern gestattet (so zutr HOLZHAUER FamRZ 1982, 109, 112). Völlig unverständlich erscheint es, wenn dem Vater des nichtehel Kindes in der Begründung des RegE (BT-Drucks 7/3061, 58) und im Bericht des RAussch zum RegE (BT-Drucks 7/5087, 11) nicht einmal ein Anhörungsrecht zugestanden wird (dazu oben Rz 14), – eine Ansicht, die sich offenbar auch in der Praxis durchgesetzt zu haben scheint. Vgl dazu ein DIV-Gutachten v 1986 (ZfJ 1986, 509): „Der Vater hat die Adoption schlicht hinzunehmen . . ., es sei denn, von ihm wären sachlich förderliche Hinweise zu erwarten, die eine Adoption im Kindesinteresse (durch seine Mutter) nicht geraten erscheinen ließen.“ Einer besonderen Heranziehung von § 50 a Abs 2 FGG (so MünchKomm-LÜDERITZ Rz 28) bedarf es nicht, um dem Vater des nichtehel Kindes wenigstens ein Anhörungsrecht zu sichern.

Will der Ehemann der Mutter das Kind adoptieren, so soll es nach Rspr u Lit bei der Sperrwirkung des Abs 2 S 2 HS 1 bleiben (LG Berlin FamRZ 1978, 148, 149; BRÜGGEMANN ZBJugR 1977, 199, 205; MÜLLER DAVorm 1983, 890f; ERMAN-HOLZHAUER Rz 11; SOERGEL-LIERMANN Rz 18). Die Ansicht erscheint verfehlt, weil mit einer solchen ergänzenden Adoption eine Zuordnung des Kindes zu Mutter und Ehemann (§ 1754 Abs 1) angestrebt wird; ein konkurrierender Annahmeantrag des Vaters wäre sinn- und chancenlos. Man sollte deshalb eine Sperrwirkung nach Abs 2 S 2 HS 1 nur dann eintreten lassen, wenn die Adoption durch Dritte ein Erlöschen der Mutter-Kind-Beziehung zur Folge hätte. Dem Vater steht allerdings bei einer angestrebten Adoption des Kindes durch den Ehemann der Mutter ein Anhörungsrecht (vgl Rz 14) zu.

51 5. Vorrang des Vaters vor anderen Adoptionsbewerbern

Soweit nach Abs 2 S 2 HS 1 eine Sperrwirkung eintritt, kommt dem Vater ein **Vorrang vor anderen Adoptionsbewerbern** zu. Dieser Vorrang wäre illusorisch, wollte man den Vater mit anderen Adoptionsbewerbern vergleichen (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 21). Es muß genügen, daß der Vater einen vernünftigen Lebensplan für das Kind aufstellt, der es vertretbar erscheinen läßt, ihm das Kind zuzuordnen (BT-Drucks 7/3061, 37; „Wenn der nichtehel Vater die Voraussetzungen dafür schaffen kann, soll das Kind von ihm und nicht von einer anderen Familie aufgenommen werden“). Deshalb sollte eine Annahme durch den Vater auch nicht a limine ausgeschlossen werden, wenn dieser als Unverheirateter und Berufstätiger auf die Mithilfe Dritter, zB der Großeltern, angewiesen ist. Das Kriterium, daß die Annahme durch den Vater „die Lebensverhältnisse des Kindes merklich verbessert“ (so MünchKomm-LÜDERITZ Rz 32; BayObLGZ 1989, 70, 73 f = FamRZ 1989, 1336, 1337 = Rpfleger 1989, 368; BayObLG FamRZ 1983, 532, 533 = ZBIJugR 1983, 431, 433), hilft dann nicht weiter, wenn es an jedem Vergleichsmaßstab fehlt, was idR dann der Fall ist, wenn die Mutter das Kind schon nach der Geburt zur Adoption geben will.

52 Der Vorrang des Vaters besteht selbstverständlich nur dann, wenn sämtliche Adoptionsvoraussetzungen vorliegen. Daran fehlt es, wenn die **Mutter zwar in eine Adoption durch Dritte, nicht aber durch den Vater des Kindes eingewilligt hat** (BT-Drucks 7/3061, 37; BT-Drucks 7/5087, 11; ERMAN-HOLZHAUER Rz 11; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 23). Eine Ersetzung der Einwilligung (§ 1748), die eine Annahme durch den Vater ermöglicht, kommt allerdings dann in Betracht, wenn die Mutter das Kind auf keinen Fall behalten will und eine Gesamtwürdigung aller Umstände ergibt, daß das Kind bei seinem leibl Vater am besten aufgehoben wäre (ähnl MünchKomm-LÜDERITZ Rz 23; aA BT-Drucks 7/5087, 11). Auch eine Ehelicherklärung, bei der die fehlende mütterliche Einwilligung nach § 1727 unter leichteren Voraussetzungen als denen des § 1748 ersetzt werden kann, kommt in Betracht (BT-Drucks 7/5087, 11; ERMAN-HOLZHAUER Rz 11).

53 6. Verzicht auf Antrag

Der nichtehel Vater könnte bis zum Ausspruch der Annahme des Kindes das Adoptionsverfahren dadurch stören, daß er selbst einen Antrag mit Sperrwirkung stellt. Ebenso wie ehel Eltern und die nichtehel Mutter bereits vorher bindend ihre Einwilligung zur Annahme des Kindes geben können, soll der nichtehel Vater auf sein Antragsrecht mit der besonderen Wirkung des Abs 2 S 2 **unwiderruflich verzichten** können (Abs 2 S 3 u 4). Auch der unwiderrufliche Verzicht steht jedoch einem späteren Antrag auf Ehelicherklärung oder Annahme des Kindes ohne die Sperrwirkung des Abs 2 S 2 nicht entgegen (BEITZKE § 33 II 5 b; ERMAN-HOLZHAUER Rz 13; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 26). Ebenso wie über sein Antragsrecht ist der Vater auch **über die Verzichtsmöglichkeit nach § 51 b JWG zu belehren**.

54 Der Verzicht wird **blanko** erteilt und verliert deshalb auch nicht seine Kraft, wenn der Annahmeantrag zurückgenommen oder die Annahme versagt wird (auf § 1750 Abs 4 S 1 wird in § 1747 Abs 2 S 5 nicht Bezug genommen). Wegen der Verweisung in Abs 2 S 5 auf § 1750 Abs 4 S 2 entfällt indessen die Wirkung des Verzichts, wenn das Kind nicht innerhalb von 3 Jahren angenommen wird (BAER-GROSS 66; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6; aA BRÜGGEMANN ZBIJugR 1977, 199, 204). Der Verzicht ist an **keine Frist** gebunden, insbes nicht an die 8-Wochen-Frist des Abs 3; er kann auch vor der Geburt des Kindes erklärt werden (OLG Hamm OLGZ 1982, 282, 285 = NJW 1983, 1741, 1742 = FamRZ 1982, 845, 847; ERMAN-HOLZHAUER

8. Titel. Annahme als Kind

Rz 14; SOERGEL-LIERMANN Rz 20). Die Verzichtserklärung bedarf der **öffentlichen Beurkundung** (Abs 2 S 4 HS 1), für die auch das JugA zuständig ist (§ 59 Abs 1 Nr 7 SGB VIII). Die Verzichtserklärung wird erst mit dem Zugang beim VormG wirksam und unwiderruflich (Abs 2 S 5 iVm § 1750 Abs 1 S 3 u Abs 2 S 2). Der spätestens gleichzeitig mit dem Verzicht zugangsbedürftige Widerruf bedarf nicht der für die Erklärung vorgeschriebenen Form (OLG Hamm OLGZ 1982, 282, 288 f = FamRZ 1982, 845, 848). Das Wirksamwerden des Verzichts setzt den Zugang einer Ausfertigung der beurkundeten Erklärung voraus; eine beglaubigte Abschrift genügt nicht (OLG Hamm OLGZ 1982, 282, 288 = NJW 1983, 1741, 1742 = FamRZ 1982, 845, 848). Die Verzichtserklärung ist **höchstpersönlicher Natur** und darf daher nicht von einem Vertreter erteilt werden (Abs 2 S 5 iVm § 1750 Abs 3 S 1). Auf den Antrag verzichten kann auch ein **Vater, der das 21. Lebensjahr nicht vollendet hat**, selbst dann, wenn er noch in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein sollte (Abs 2 S 5 iVm § 1750 Abs 3 S 2; **aA** OBERLOSKAMP DAVorm 1977, 89, 107). Daß der Annahmeantrag eines noch nicht 21 Jahre alten Vaters keine Sperrwirkung entfalten würde (s oben Rz 42), steht dem nicht entgegen. Der Verzicht kann rechtl bedeutsam werden, wenn sich die Adoption durch Dritte verzögern und der Vater nach Erreichen des 21. Lebensjahres selbst Interesse an einer Adoption seines Kindes zeigen, oder wenn der Vater einen Antrag auf Ehelicherklärung stellen sollte, für die das Ges keine Mindestaltersgrenzen vorsieht.

§ 1748

Das Vormundschaftsgericht hat auf Antrag des Kindes die Einwilligung eines Elternteils zu ersetzen, wenn dieser seine Pflichten gegenüber dem Kind anhaltend gröblich verletzt hat oder durch sein Verhalten gezeigt hat, daß ihm das Kind gleichgültig ist, und wenn das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde. Die Einwilligung kann auch ersetzt werden, wenn die Pflichtverletzung zwar nicht anhaltend, aber besonders schwer ist und das Kind voraussichtlich dauernd nicht mehr der Obhut des Elternteils anvertraut werden kann.

Wegen Gleichgültigkeit, die nicht zugleich eine anhaltende gröbliche Pflichtverletzung ist, darf die Einwilligung nicht ersetzt werden, bevor der Elternteil vom Jugendamt über die Möglichkeit ihrer Ersetzung belehrt und nach § 51 a Abs. 1 des Gesetzes für Jugendwohlfahrt beraten worden ist und seit der Belehrung wenigstens drei Monate verstrichen sind; in der Belehrung ist auf die Frist hinzuweisen. Der Belehrung bedarf es nicht, wenn der Elternteil seinen Aufenthaltsort ohne Hinterlassung seiner neuen Anschrift gewechselt hat und der Aufenthaltsort vom Jugendamt während eines Zeitraums von drei Monaten trotz angemessener Nachforschungen nicht ermittelt werden konnte; in diesem Fall beginnt die Frist mit der ersten auf die Belehrung und Beratung oder auf die Ermittlung des Aufenthaltsorts gerichteten Handlung des Jugendamts. Die Fristen laufen frühestens fünf Monate nach der Geburt des Kindes ab.

***Die Einwilligung eines Elternteils kann ferner ersetzt werden, wenn er wegen besonders schwerer geistiger Gebrechen zur Pflege und Erziehung des Kindes**

* Abs 3 erhält durch Art 1 Nr. 25 des **Betreuungsgesetzes (BtG)** v 12. 9. 1990 (BGBl I 2002) mit Wirkung zum **1. 1. 1992** folgenden Wortlaut:

Die Einwilligung eines Elternteils kann ferner ersetzt werden, wenn er wegen einer besonders schweren psychischen Krankheit oder einer besonders schweren geistigen oder seelischen Behinderung zur Pflege und Erziehung des Kindes dauernd unfähig ist und wenn das Kind bei Unterbleiben der Annahme nicht in einer Familie aufwachsen könnte und dadurch in seiner Entwicklung schwer gefährdet wäre.

dauernd unfähig ist und wenn das Kind bei Unterbleiben der Annahme nicht in einer Familie aufwachsen könnte und dadurch in seiner Entwicklung schwer gefährdet wäre.

BT-Drucks 7/3061, 38; BT-Drucks 7/5087, 13.

Zu § 1747 a idF d AdoptRÄndG: BT-Drucks 7/421, 5 ff.

Zu § 1747 Abs 3 idF d FamRÄndG: BT-Drucks 3/530, 21.

Zu § 1748 Abs 3 idF d BtG (m Wirkung v 1. 1. 1992): BT-Drucks 11/4528, 108.

Systematische Übersicht

- | | |
|--|--|
| <p>I. Normzweck 1</p> <p>II. Entstehungsgeschichte 2</p> <p>III. Verfassungsmäßigkeit der Norm</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Verfassungsrechtliche Problematik 6 2. Elternrechte und Grundrechte des Kindes 8 3. Art 6 Abs 1 GG und Volladoption 9 4. Verhältnismäßigkeit 10 <p>IV. Die Ersetzungsvoraussetzungen im einzelnen</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Überblick 11 2. Anhaltend gröbliche Pflichtverletzung 12 <ol style="list-style-type: none"> a) Begriff 12 b) Gröbliche Pflichtverletzung 13 c) Das Merkmal „anhaltend“ 22 d) Subjektive Voraussetzungen 23 3. Gleichgültigkeit 24 <ol style="list-style-type: none"> a) Zweck des Ersetzungsgrundes 24 b) Begriff der Gleichgültigkeit 25 c) Abgrenzung zur anhaltend gröblichen Pflichtverletzung 28 | <ol style="list-style-type: none"> d) Formelle Ersetzungsvoraussetzungen 30 aa) Belehrung des Elternteils 31 bb) Beratung des Elternteils 34 e) Abgrenzung zu § 1747 Abs 4 Alt 2 37 4. Unverhältnismäßiger Nachteil 38 <ol style="list-style-type: none"> a) Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips 38 b) Notwendigkeit des Aufwachsens in einer Familie 42 c) Stiefkindadoption 45 d) Faktische Bindungen contra Blutsverwandtschaft 48 5. Besonders schwere Pflichtverletzung 51 6. Besonders schweres geistiges Gebrechen 55 <p>V. Verfahren</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Allgemeines 58 2. Zuständigkeit 59 3. Antrag 60 4. Verfahrensgegenstand 62 5. Verfahrensgang 63 6. Rechtsbehelfe 66 |
|--|--|

Alphabetische Übersicht

- | | |
|--|---|
| <p>Alkoholabhängigkeit 20, 57</p> <p>Anhörungsrechte 63 ff</p> <p>Antrag des Kindes 60 ff</p> <p>– bei Amtspflegschaft 60</p> <p>– durch Vertreter 60</p> <p>Aufenthaltort des Elternteils 16, 32, 37</p> <p>– Ermittlung des -s 32</p> <p>– unbekannter 16, 32, 37</p> <p>Behinderung, geistige bzw seelische 57</p> <p>Belehrung 28, 30 ff</p> <p>Beratung 28, 30, 34 ff</p> <p>Beschwerde 66</p> <p>Blanko-Ersetzung 41</p> <p>Böswilligkeit 3, 4, 23</p> <p>Drogenabhängigkeit 20, 57</p> <p>Ehescheidung, Pflichten nach 14, 21, 45</p> <p>Entfremdung 49</p> | <p>Erziehungsunfähigkeit 4, 9</p> <p>faktische Bindungen 48</p> <p>Gebrechen, besonders schweres geistiges 55 f</p> <p>Gleichgültigkeit 24 ff, 50</p> <p>– Abgrenzung zu Abs 1 28, 29</p> <p>– Abgrenzung zu § 1747 Abs 4 37</p> <p>– Begriff u Einzelfälle 24 ff</p> <p>– formelle Voraussetzungen bei 30 ff</p> <p>Grundrechte 6 ff, 38 f, 55</p> <p>– Abwägung 10</p> <p>– der Eltern 6 ff, 38 f, 55</p> <p>– des Kindes 7 ff</p> <p>Heimaufenthalt 15, 42, 56</p> <p>Inkognitoadoption 41</p> |
|--|---|

- Kindesentziehung 19
 - gegen Dritte 18, 53
- Krankheit 25, 57
 - gegen das Kind 52
- Vernachlässigung infolge 25
- psychische 57
- subjektive Voraussetzungen, s Vorwerfbarkeit
- Mißhandlungen 15
 - Umgangsrecht, Nichtwahrnehmung des -s 25, 45
- Pflegekindschaft 34 f, 42 f, 48 ff, 56
 - Unterhaltspflicht, Verletzung der 16 f, 21, 45
 - Beratungspflicht bei 34 f
 - leibl Verwandtschaft 48 ff
 - u Verhältnismäßigkeit bei Abs 3 56
 - unverhältnismäßiger Nachteil bei 42 f, 48 ff
 - unverhältnismäßiger Nachteil 38 ff
 - Abwägung 39, 46
 - bei Pflegekindschaft 42 f
 - bei Stiefkindadoption 45 ff
 - bei Unterbringung bei Verwandten 44
 - Zeitfaktor 48 ff
- Pflichtverletzung 12 ff, 28 f, 45, 48 ff
 - Verfahren 58 ff
 - anhaltende 22
 - besonders schwere 51 ff
 - gröbliche 12 ff, 28 f, 50, 52
 - nach Ehescheidung 14, 21, 45
 - nach Sorgerechtsentzug 21, 50
 - zurückliegende 22, 48 ff
 - Ablauf 58, 63
 - Gegenstand 62
 - Verfassungsmäßigkeit 3, 6 ff
 - Verhältnismäßigkeit der Ersetzung 8, 10, 38, 46, 56
- Rechtsbehelfe 66
 - bei Gebrechen 8, 56
- Rechtskraft 65
 - bei Pflichtverletzungen 8, 46
- Sorgerechtsentzug 13, 21, 38, 50
 - Vernachlässigung des Kindes 12
 - Pflichten nach 21, 50
 - Vorrang vor Ersetzung 13, 38
 - Vorwerfbarkeit 23, 27, 55
 - Erziehungsunfähigkeit 55
 - Gleichgültigkeit 27
 - Pflichtverletzung 23
- Stiefkindadoption 14
- Strafhaft 18, 45
- Straftaten 18 f, 52 f
 - Zurechenbarkeit, s Vorwerfbarkeit
- gegen den anderen Elternteil 19, 53
 - Zuständigkeit 59
 - Zwischenverfahren 58

I. Normzweck

1

Nach heutigem Verständnis dient die Minderjährigenadoption vor allem dem Zweck, Kindern, deren Eltern zur Erziehung nicht willens oder in der Lage sind, das Aufwachsen in einer intakten Familie zu ermöglichen (BVerfGE 24, 119, 122 = FamRZ 1968, 578, 579; zu den Zwecken der Adoption vgl Vorbem zu § 1741). Vielfach verweigern jedoch die leibl Eltern trotz ihres Versagens die gem § 1747 erforderliche Einwilligung. Der der Adoption zugrundeliegende **Fürsorgegedanke** gebietet es, in besonderen Ausnahmefällen eine Annahme auch gegen den Willen der einwilligungsberechtigten leibl Eltern zu ermöglichen.

II. Entstehungsgeschichte

2

Die **Ersetzung der elterl Einwilligung** war **im BGB ursprüngl nicht vorgesehen**. Dies hatte zur Folge, daß eine Adoption bei fehlender Einwilligung – abgesehen von den Fällen des § 1747 Abs 1 S 2 aF iVm § 1746 Abs 2 aF (heute § 1747 Abs 4) – überwiegend als unzulässig angesehen wurde, selbst wenn die Einwilligung böswillig verweigert wurde und das Unterbleiben der Annahme mit unverhältnismäßigen Nachteilen für das Kind verbunden war (umfassende Nachw in der Voraufll § 1747 Rz 36, 38). Entgegen dieser streng am Gesetzeswortlaut orientierten Auffassung hielten es allerdings einige Gerichte unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen

Rechtsausübung für gerechtfertigt, in besonders gelagerten Ausnahmefällen vom Erfordernis der elterl Einwilligung abzusehen (grundl KG DR 1939, 2079 = JFG 20, 222, 224 = DFG 1939, 175 = StAZ 1940, 89; OLG Hamburg FamRZ 1957, 379, 380; wNachw vgl VoraufI § 1747 Rz 37). Der BGH hat diese Streitfrage nicht ausdrücklich entschieden, in der Entscheidung BGHZ 27, 126, 131 (= NJW 1958, 1291, 1292 = FamRZ 1958, 317, 318) aber ausgeführt, es sei angesichts der eindeutigen Regelung des BGB in erster Linie Sache des Gesetzgebers, durch eine entspr Gesetzesänderung Vorsorge zu treffen, daß eine rechtsmißbräuchliche Geldtendmachung des elterl Einwilligungsrechts verhindert werden könne.

Rechtspolitisch war die Schaffung einer Möglichkeit, die elterl Einwilligung zu ersetzen – vor allem unter verfassungsrechtl Aspekten – lebhaft umstritten (befürwortend insbes GLÄSSING 102 ff; ZUR NIEDEN NJW 1961, 638 ff; abl BOSCH FamRZ 1959, 379; FamRZ 1961, 35; GÖPPINGER FamRZ 1959, 397, 403; KLEIN FamRZ 1954, 66, 68; FamRZ 1957, 294, 296; Jugendwohl 1959, 38; Jugendwohl 1960, 436; SCHNITZERLING 26 ff; Ehrerechtskommission der EKD FamRZ 1959, 491, 492).

3 Durch das **FamRÄndG v 11. 8. 1961** (BGBl I 1221) wurde erstmals mit § 1747 Abs 3 aF eine Bestimmung eingeführt, wonach das VormG auf Antrag des Kindes die Einwilligung eines Elternteils ersetzen konnte, wenn dieser seine Pflichten gegenüber dem Kind „dauernd gröblich verletzt oder die elterl Gewalt verwirkt“ hatte (zur Verwirkung der elterl Gewalt vgl § 1676 aF, aufgehoben durch das Ges zur Neuordnung des Rechts der elterl Sorge v 18. 7. 1979, BGBl I 1061) *und* die Einwilligung „böswillig verweigert“ wurde *und* das Unterbleiben der Annahme dem Kind „zu unverhältnismäßigem Nachteil“ gereicht hätte. Nach der Begründung zum RegE (BT-Drucks 3/530, 21) sollte, um die verfassungsmäßig garantierten Elternrechte nicht zu beeinträchtigen, die Ersetzung der Einwilligung nur in ganz besonderen Ausnahmefällen unter den im Gesetz genau bestimmten und eng umgrenzten Voraussetzungen zulässig sein. Das BVerfG hat die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung bejaht (BVerfGE 24, 119 = NJW 1968, 2233 = FamRZ 1968, 578; zur verfassungsrechtl Problematik Näheres unten Rz 6 ff).

4 In der Rechtspraxis erwies sich allerdings schon bald, daß § 1747 Abs 3 aF zu eng gefaßt war. In vielen Fällen bot die Bestimmung keine ausreichende Handhabe, dem Kindeswohl gegen den Elternwillen zur Durchsetzung zu verhelfen. Der Nachweis einer gröblichen und zudem dauernden Pflichtverletzung sowie des subjektiven Merkmals der „Böswilligkeit“ der Verweigerung der Einwilligung war oft nur schwer zu führen. Durch das **AdoptRÄndG v 14. 8. 1973** (BGBl I 1013) wurde deshalb wegen eines dringenden praktischen Bedürfnisses unter Vorwegnahme der Gesamtreform des Adoptionsrechts (sog „Vorabnovelle“; vgl dazu die Begründung zum RegE BT-Drucks 7/421, 5 ff) § 1747 a eingeführt, der insbes das Erfordernis einer „dauernden“ gröblichen Pflichtverletzung abschwächte und die Ersetzung der Einwilligung auch dann zuließ, wenn dem einwilligungsberechtigten Elternteil nur Gleichgültigkeit gegenüber dem Kind zur Last zu legen war. Außerdem wurde das Merkmal der „Böswilligkeit“ der Verweigerung ersatzlos gestrichen und mit § 1747 a Abs 3 erstmals ein allein an objektive Merkmale anknüpfender Ersetzungsgrund – Erziehungsfähigkeit wegen besonders schwerer geistiger Gebrechen – eingeführt.

5 Das **AdoptG v 2. 6. 1976** (BGBl I 1749) hat § 1747 a unter unwesentlichen redaktionellen Änderungen als § 1748 übernommen (vgl dazu die Begründung zum RegE BT-Drucks 7/3061, 38; Bericht und Antrag des RAussch BT-Drucks 7/5087, 13). Zu den Auswirkungen des **KJHG v 26. 6. 1990** (BGBl I 1163) auf Abs 2 s unten Rz 30, 34 f. Zur Änderung des Abs 3 durch das **BtG v 12. 9. 1990** (BGBl I 2002) s unten Rz 57.

III. Verfassungsmäßigkeit der Norm

1. Verfassungsrechtliche Problematik

6

Die durch das AdoptG v 2. 6. 1976 (BGBl I 1749) eingeführte Volladoption führt zum Erlöschen aller verwandtschaftl Beziehungen des Anzunehmenden zu den leibl Verwandten und beseitigt damit die rechtl Zuordnung zur natürlichen Familie (vgl § 1755). Anders als im früheren Recht ist die Ersetzung der Einwilligung eines Elternteils in die Adoption verfassungsrechtl nicht mehr nur unter dem Aspekt eines schwerwiegenden Eingriffs in die von **Art 6 Abs 2 S 1 GG** geschützten spezifischen Elternrechte zu beurteilen. Da die Ersetzung der Einwilligung nunmehr die Grundlage für die Beseitigung der familiären Zuordnung des Kindes zu den leibl Eltern überhaupt bildet, sind die Bestimmungen des § 1748 auch an den Maßstäben des **Art 6 Abs 1 GG**, der die Familie in ihrem Bestand schützt und ein Abwehrrecht gegen störende Eingriffe des Staates normiert (BVerfGE 6, 386, 388; LEIBHOLZ-RINCK-HESSELBERGER, GG, Art 6 Rz 2; SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, Kommentar zum Grundgesetz Art 6 Anm 4), zu messen.

Bereits die Bestimmung des § 1747 Abs 3 aF war zunächst auf erhebliche verfas- 7
sungsrechtl Bedenken gestoßen (OLG Stuttgart FamRZ 1964, 51 = DAVorm 1964, 61; GÖPPINGER FamRZ 1962, 541; FamRZ 1968, 302; BOSCH FamRZ 1961, 35; LEHMANN-HENRICH, FamR [4. Aufl 1967] 230). Das **BVerfG**, das wegen der seinerzeit noch schwachen Wirkungen der Adoption (kein Abbruch des rechtl Verwandtschaftsverhältnisses zu den leibl Eltern, vgl § 1764 aF) durch die Ersetzung der Einwilligung vorrangig die in Art 6 Abs 2 S 1 GG geschützte Eltern-Kind-Beziehung betroffen sah, bejahte jedoch die Verfassungsmäßigkeit des § 1747 Abs 3 aF mit der Begründung, daß das Recht zur Pflege und Erziehung unauflösbar mit einer entspr Pflicht der Eltern verbunden sei und der Grundrechtsschutz des Art 6 Abs 2 S 1 GG nur für ein Handeln in Anspruch genommen werden dürfe, das bei weitester Anerkennung der Selbstverantwortlichkeit der Eltern noch als Pflege und Erziehung gewertet werden könne, nicht aber für das Gegenteil, die Vernachlässigung des Kindes (**BVerfGE 24, 119, 143 = NJW 1968, 2233, 2235 = FamRZ 1968, 578, 584**). Bei Versagen der Eltern ergebe sich aus dem Schutzanspruch des Kindes als Träger der Grundrechte aus Art 1 Abs 1, 2 Abs 1 GG eine Verpflichtung des Staates zur Sicherstellung von Pflege und Erziehung (BVerfGE aaO 144). Der Staat müsse bei der Ausübung seines Wächteramtes (Art 6 Abs 2 S 2 GG) allerdings stets dem grundsätzl Vorrang der Eltern sowie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen (BVerfGE aaO 145).

§ 1748 geht in zweifacher Hinsicht **über § 1747 Abs 3 aF hinaus**. Zum einen schafft diese Bestimmung die Grundlage für die völlige Aufhebung der rechtl Zuordnung zur natürlichen Familie, zum anderen hat sie die Möglichkeiten für eine Ersetzung der Einwilligung – insbes durch den Verzicht auf die Maßgeblichkeit subjektiver Orientierungen – erheblich erweitert (FINGER FuR 1990, 183, 184).

Gleichwohl sind die gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 1748 vorgebrachten Bedenken (ENGLER 73 f; FamRZ 1975, 125, 131) iE nicht durchschlagend (so auch MünchKomm-LÜDERITZ vor § 1741 Rz 37 ff; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 2 ff; SOERGEI-LIERMANN Rz 1; BayObLG FamRZ 1984, 417, 418; BayObLGZ 1974, 413, 415 ff = FamRZ 1976, 234, 238; OLG Hamm DAVorm 1978, 364, 370; OLGZ 1976, 434 = FamRZ 1976, 462).

2. Elternrechte und Grundrechte des Kindes

8

Soweit § 1748 an ein gravierendes, dem Elternteil **zurechenbares Fehlverhalten** anknüpft (anhaltende gröbliche bzw besonders schwere Pflichtverletzung, Gleich-

gültigkeit), sind Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung ebensowenig angebracht wie gegen § 1747 Abs 3 aF. Wo dem Elternrecht nicht die Elternverantwortung als Korrelat gegenübersteht, muß die Berufung auf dieses Elternrecht gegen Maßnahmen, die der Staat in Ausübung seines Wächteramtes (Art 6 Abs 2 S 2 GG) zur Wahrung der Grundrechte des Kindes aus Art 1 Abs 1, 2 Abs 1 GG trifft, versagen. Dem Anspruch des Kindes auf Wahrung seiner Menschenwürde und seines Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit würde aber eine ausschließlich am schuldhaften Fehlverhalten der Eltern orientierte gesetzl Regelung nicht gerecht. Während das BVerfG in BVerfGE 24, 119, 147 = NJW 1968, 2233, 2236 = FamRZ 1968, 578, 585 die Zulassung der Ersetzung der Einwilligung bei besonders schwerwiegendem und vollständigem Versagen mit dem allg Rechtsgedanken legitimierte, daß die mißbräuchliche Ausübung eines Rechts von der Rechtsordnung nicht geschützt wird, kann das Argument des Rechtsmißbrauchs allein nicht mehr zur Rechtfertigung des § 1748 herangezogen werden. Denn in § 1748 ist nicht nur das Erfordernis der „Böswilligkeit“ der Verweigerung der Einwilligung entfallen (aA SOERGEL-LIERMANN Rz 1: Auf das Erfordernis der „Böswilligkeit“ könne aus verfassungsrechtl Gründen nicht verzichtet werden; es sei als ungeschriebenes Element mitzuprüfen), die Bestimmung läßt die Ersetzung auch bei unverschuldeter, „schicksalhafter“ Erziehungsunfähigkeit zu (Abs 3). Das Schutzbedürfnis des Kindes, das als Grundrechtsträger selbst Anspruch auf den Schutz und die Hilfe des Staates hat, um sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln zu können, besteht auch dann, wenn die Eltern **aus objektiven Gründen zur Erziehung und Pflege des Kindes nicht in der Lage** sind. In solchen Fällen kann es zur Abwendung schwerer Entwicklungsschäden des Kindes geboten sein, dem Schutzbedürfnis des Kindes gegenüber den Elterngrundrechten den Vorrang einzuräumen (OLG Hamm DA-Vorm 1978, 364, 370 ff). Daß ein Eingriff in die verfassungsrechtl geschützten Elternrechte zur Wahrung der Erfordernisse des Kindeswohls nicht nur bei zurechenbarem Versagen des Elternteils zu rechtfertigen ist, macht im übrigen schon die – allg keinen verfassungsrechtl Bedenken ausgesetzte – Bestimmung des § 1747 Abs 4 deutlich, die das Einwilligungserfordernis bei dauerndem Außerstandesein zur Abgabe einer Erklärung (insbes also in den Fällen der Geschäftsunfähigkeit) völlig entfallen läßt. Auch § 1666 Abs 1 S 1 idF d Ges zur Neuregelung der elterl Sorge v 18.7.1979 (BGBl I 1061) läßt für den allerdings weniger weitgehenden Eingriff in das elterl Sorgerecht ein „unverschuldetes Versagen der Eltern“ genügen.

9 3. Art. 6 Abs. 1 GG und Volladoption

Die Bestimmungen über die Ersetzung der Einwilligung halten auch einer Nachprüfung anhand v Art 6 Abs 1 GG stand. Der Gesetzgeber hat sich bei der Reform des Adoptionsrechts für die Volladoption, also die völlige rechtl Herauslösung des Kindes aus der natürlichen und seine völlige rechtl Eingliederung in die Adoptivfamilie, entschieden. Nach modernen wissenschaftlichen Erkenntnissen ist das Erlebnis einer harmonischen und lebensstüchtigen Familiengemeinschaft für die gesunde körperliche und seelische Entwicklung eines Kindes schlechthin unersetzlich (BVerfGE 24, 119, 148 = NJW 1968, 2233, 2236 = FamRZ 1968, 578, 585). Die volle rechtl Integration des Kindes in eine erziehungsfähige Familie und seine Gleichstellung mit leibl Abkömmlingen des Annehmenden bietet am ehesten die Gewähr für ein harmonisches, von möglichen schädlichen Einflüssen der leibl Eltern ungestörtes Aufwachsen. Dieses Erfordernis des Kindeswohls ist gerade in den in § 1748 umschriebenen Fällen elterl Versagens bzw elterl Erziehungsunfähigkeit

höher zu bewerten als das mögliche Interesse der leibl Eltern am Fortbestand des rechtl Verwandtschaftsverhältnisses zum Kind. Auch das BVerfG hat – noch auf Grundlage des früheren Rechts – die Ersetzung der Einwilligung in eine Inkognito-adoption für verfassungsgemäß befunden, obwohl die leibl Eltern in der Folge die rechtl fortbestehende verwandtschaftl Beziehung zum Kind faktisch nicht mehr aufrechterhalten konnten (BVerfGE 24, 119, 152 ff = NJW 1968, 2233, 2237 f = FamRZ 1968, 578, 586 f).

4. Verhältnismäßigkeit

10

Die Ersetzung der Einwilligung ist in § 1748 an eng umgrenzte gesetzl Voraussetzungen gebunden und wegen ihrer einschneidenden Wirkungen **nur als äußerste Maßnahme zulässig**, wenn das Eltern-Kind-Verhältnis so sehr von der Norm abweicht, daß die Elternverantwortung als das Korrelat des Elternrechts diesem nicht mehr gegenübersteht (vgl BVerfGE 24, 119, 143 ff = NJW 1968, 2233, 2235 = FamRZ 1968, 578, 584). Das bedeutet aber nicht, wie in der Rspr vielfach geäußert wird, daß die Vorschrift des § 1748 aufgrund ihres Ausnahmecharakters „eng auszulegen“ sei (so aber OLG Hamm ZfJ 1984, 364, 366; FamRZ 1968, 110, 111; OLG Frankfurt OLGZ 1983, 135 = FamRZ 1983, 531; OLG Zweibrücken FamRZ 1976, 469, 470 = DAVorm 1976, 340, 343; dagegen zutr FINGER FuR 1990, 183, 185). Verfassungsrechtl Vorgaben gebieten vielmehr im Einzelfall eine umfassende, auf exakter Feststellung der tatbestandlichen Voraussetzungen beruhende und streng am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Abwägung der beiderseitig geschützten Grundrechtspositionen (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 4; SOERGEL-LIERMANN Rz 3; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4; FINGER FuR 1990, 183, 185).

IV. Die Ersetzungsvoraussetzungen im einzelnen

1. Überblick

11

Die Ersetzung der gem § 1747 erforderlichen Einwilligung eines Elternteils ist in folgenden vier Fällen möglich, nämlich

- a) wenn der Elternteil seine Pflichten gegenüber dem Kind anhaltend gröblich verletzt hat (Abs 1 S 1 Alt 1) und das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde (Abs 1 S 1 HS 2),
- b) wenn der Elternteil durch sein Verhalten gezeigt hat, daß ihm das Kind gleichgültig ist (Abs 1 S 1 Alt 2) und das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde (Abs 1 S 1 HS 2),
- c) wenn der Elternteil eine zwar nicht anhaltende, aber besonders schwere Pflichtverletzung begangen hat und das Kind voraussichtlich dauernd nicht mehr der Obhut des Elternteils anvertraut werden kann (Abs 1 S 2),
- d) wenn der Elternteil wegen besonders schwerer geistiger Gebrechen dauernd pflege- und erziehungsunfähig ist und das Kind bei Unterbleiben der Annahme nicht in einer Familie aufwachsen könnte und dadurch in seiner Entwicklung schwer gefährdet wäre (Abs 3).

2. Anhaltend gröbliche Pflichtverletzung

a) Begriff

12

Eine Pflichtverletzung gegenüber dem Kind liegt regelmäßig vor, wenn ein Elternteil das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes durch mißbräuchliche

Ausübung der elterl Sorge oder durch Vernachlässigung des Kindes gefährdet. Eine solche Pflichtverletzung ist als anhaltend gröblich zu qualifizieren, wenn sie, offensichtlich und auch für den Elternteil selbst erkennbar, von schwerwiegender Art und von längerer Dauer ist (BayObLG FamRZ 1984, 417, 419; FamRZ 1982, 1129, 1131 = ZBIJugR 1983, 230, 233; DAVorm 1981, 131, 136; vgl auch OLG Hamm FamRZ 1977, 415, 418 = StAZ 1977, 282, 285 f).

13 b) Gröbliche Pflichtverletzung

Objektiv ist erforderlich, daß **der Elternteil einer wesentlichen Elternpflicht nicht oder nur unzureichend nachkommt**. Als wesentliche Elternpflicht ist insbes die Pflicht zu Pflege und Betreuung (Ernährung, Kleidung, häusliche Unterbringung, Reinigung, Erziehung, Beaufsichtigung, Versorgung bei Krankheit, Unterhaltsgewährung) anzusehen. „**Gröblich**“ ist eine in besonderem Maße anstößige Verletzung der Elternpflichten (OLG Köln FamRZ 1982, 1132, 1133; KG OLGZ 1966, 251, 255 = FamRZ 1966, 266, 267). Dabei ist jedes Verhalten ausreichend, das zu einer objektiven **Gefährdung existentieller Bedürfnisse des Kindes** führen kann (OLG Karlsruhe FamRZ 1983, 1058, 1059; AG Bad Iburg DAVorm 1983, 62, 63). In Betracht zu ziehen sind dabei insbes die Gefährdungstatbestände des § 1666, wobei jedoch keineswegs jeder Eingriff in die Personensorge nach den §§ 1666 ff auch die Ersetzung der Einwilligung in die Adoption rechtfertigt (OLG Hamm ZfJ 1984, 364, 366, 368; zur Vorrangigkeit der Maßnahmen nach den §§ 1666 ff unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit s unten Rz 38). Stets muß es sich um Fälle eines besonders schwerwiegenden, vollständigen Versagens der Eltern in ihrer Verantwortung gegenüber dem Kind handeln (OLG Hamm ZfJ 1984, 364, 366 mwNachw; OLG Frankfurt OLGZ 1983, 135 = FamRZ 1983, 531; OLG Köln FamRZ 1982, 1132, 1133).

14 Eine gröbliche Pflichtverletzung liegt demnach vor, wenn die Eltern das Kind nach der Geburt nicht abholen (OLG Hamm FamRZ 1977, 415, 418 = StAZ 1977, 282, 286; LG München II DAVorm 1980, 119, 124 ff) oder unmittelbar nach der Geburt oder auch zu einem späteren Zeitpunkt an Dritte weitergeben und sich nicht weiter um das Kind kümmern (OLG Karlsruhe FamRZ 1983, 1058; LG Berlin DAVorm 1966, 98, 99; LG Mannheim DAVorm 1963, 129; AG Mainz DAVorm 1967, 150, 151; AG Schwabach DAVorm 1974, 273, 274), also zB keinen oder nur sporadischen Kontakt pflegen und kein Bemühen zeigen, die Erziehung selbst wieder in die Hand zu nehmen (AG Hamburg ZBIJugR 1983, 240; ZBIJugR 1983, 241; AG Hamburg-Altona ZBIJugR 1983, 241, 242) oder gar eine Volladoption im Ausland verlangen, um alle Bindungen zu beseitigen (BayObLGZ 1974, 413 = FamRZ 1976, 234). Kümmert sich der nichtsorgeberechtigte Elternteil nach der Scheidung nicht um sein Kind, so handelt er gleichgültig. Eine gröbliche Pflichtverletzung liegt nur ausnahmsweise vor, wenn etwa das Kind unter dem Desinteresse leidet oder der sorgeberechtigte Elternteil der erzieherischen Mithilfe bedarf (zu weitgehend AG Kerpen DAVorm 1981, 885 und AG Tübingen DAVorm 1973, 321, 322). Zur Stiefkindadoption gegen den Willen des nichtsorgeberechtigten Elternteils unten Rz 45 ff.

15 Neben häufigen körperlichen Mißhandlungen, unmäßigen Züchtigungen (AG Blieskastel DAVorm 1975, 434; ROTH-STIELOW Rz 8) und schwerwiegender Vernachlässigung des Kindes, zB durch Verwahrlosenlassen (LG Hamburg DAVorm 1978, 49, 52; LG Ravensburg DAVorm 1975, 306, 307; AG Schwabach DAVorm 1974, 273; AG Berlin-Schöneberg DAVorm 1968, 17) oder Vorenthaltung von Nahrung, Kleidung oder Reinigung, kann auch das Fehlen liebevoller Zuwendung oder das Vorenthalten der notwendigen geistig-seelischen Betreuung (BayObLG FamRZ 1982, 1129, 1131 = ZBIJugR 1983, 230, 233; OLG Hamm ZfJ 1984, 364, 368;

FamRZ 1977, 415, 418 = StAZ 1977, 282, 286; OLG Frankfurt FamRZ 1971, 322, 323; LG Kiel DaVorm 1978, 384, 385) eine gröbliche Pflichtverletzung darstellen. Entsprechendes gilt, wenn ein Kind sich wiederholt in Heimen aufhält, weil die Eltern eigensüchtige Interessen verfolgen, ohne sich ernsthaft um die Herstellung von Verhältnissen zu bemühen, die die Aufnahme des Kindes ermöglichen würden (OLG Hamm FamRZ 1977, 415, 419 = StAZ 1977, 282, 286; OLGZ 1976, 434 = FamRZ 1976, 462: Unmöglichkeit der Betreuung des Kindes wegen Betätigung der Mutter als Prostituierte). Lassen die Eltern das Kind durch zuverlässige Dritte betreuen, so stellt dies – wenn keine weiteren, gravierenden Umstände hinzukommen – für sich genommen allerdings noch keinen Ersetzungsgrund dar (OLG Zweibrücken FamRZ 1976, 469 = DA Vorm 1976, 340; LG München II DA Vorm 1980, 119, 124). Zur Abgrenzung von der Alternative „Gleichgültigkeit“ s unten Rz 28 f.

Eine gröbliche Verletzung elterl Pflicht kann auch darin liegen, daß der Elternteil **16** trotz bestehender Leistungsfähigkeit seinen **Unterhaltsverpflichtungen** gegenüber dem Kind nicht nachkommt. So zB, wenn der Elternteil Unterhaltszahlungen unterläßt und häufig ohne Hinterlassung der jeweiligen Anschrift den Wohnsitz wechselt, um sich so systematisch dem Zugriff des Unterhaltsberechtigten zu entziehen (OLG Köln DA Vorm 1979, 361; vgl auch BayObLG FamRZ 1988, 868, 871 = NJW-RR 1988, 1352, 1353 = ZfJ 1989, 207, 210), nicht aber, wenn der Elternteil (zB eine nichtehel Mutter) das Kind aus einer wirtschaftlichen Notlage heraus zeitweise nicht selbst pflegt und auch keine Unterhaltsleistungen erbringt, aber durchaus die Absicht hat, es später wieder zu sich zu nehmen (BT-Drucks 7/421, 6; OLG Düsseldorf DA Vorm 1977, 757, 758 mNachw; OBERLOS KAMP ZBIJugR 1980, 581, 585).

Nach überwiegender Ansicht ist bei Verstößen gegen die Unterhaltungspflicht eine **17** gröbliche Pflichtverletzung nur anzunehmen, **wenn es in der Folge tatsächlich zu einer Gefährdung des Kindeswohls kommt** (BayObLG FamRZ 1984, 935; FamRZ 1984, 417, 419; ZBIJugR 1983, 234, 238; DA Vorm 1981, 131, 137; OLG Frankfurt OLGZ 1985, 171, 172 = FamRZ 1985, 831; OLG Düsseldorf DA Vorm 1977, 757, 758; KG OLGZ 1969, 235, 237 = FamRZ 1969, 171). Dies ist nicht der Fall, wenn das Kind von Pflegeeltern gut versorgt wird oder Dritte für den Unterhalt des Kindes aufkommen. Zur Begründung wird angeführt, daß die Zerschneidung des rechtl Bandes zwischen Elternteil und Kind nur bei einem auch objektiv besonders schweren und anstößigen Fehlverhalten zu rechtfertigen sei und nicht lediglich eine zusätzliche Strafe für anhaltende Unterhaltungspflichtverletzungen oder eine bloße „Charakterstrafe“ darstellen dürfe (BayObLG ZBIJugR 1983, 234, 238). Die Ansicht ist verfehlt. Ob eine Pflichtverletzung gröblich ist, kann nicht durch eine Betrachtung ex post geklärt werden. Entscheidend ist, wie sich – für den Unterhaltsschuldner erkennbar – die **Gesamtsituation im Zeitpunkt der Pflichtverletzung** darstellt. Wer monate- oder jahrelang seine Unterhaltungspflicht nicht erfüllt und blind darauf vertraut, daß Dritte diese Aufgabe übernehmen, kann später seine gröbliche Pflichtverletzung nicht mit dem Argument in Frage stellen, es sei ja noch einmal alles gutgegangen. Geradezu absurd erscheint die Ansicht des OLG Frankfurt (OLGZ 1985, 171, 172 = FamRZ 1985, 831; ähnlich OLG Düsseldorf DA Vorm 1977, 757, 758), die Nichtzahlung von Unterhalt stelle keine gröbliche Pflichtverletzung dar, wenn sie sich nicht zum Nachteil des Kindes ausgewirkt habe, weil der **Unterhalt durch öffentliche Mittel habe gesichert** werden können. Wer so argumentiert, nimmt der Unterhaltungspflichtverletzung mit Bezug auf § 1748 im Sozialstaat jede Relevanz (wie hier GERNHUBER § 62 VI Fn 21 a; BAER-GROSS 38; OBERLOS KAMP ZBIJugR 1980, 581, 585; ERMAN-HOLZHAUER Rz 12, 16; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 6; FINGER FuR 1990, 183, 186).

- 18 Eine gröbliche Pflichtverletzung ist zu bejahen, wenn Eltern das Kind zu **Straftaten** oder ähnl schwerwiegendem Fehlverhalten anhalten. Begeht der Elternteil eine Straftat gegenüber Dritten, so liegt darin eine Pflichtwidrigkeit gegenüber dem Kind nur, wenn damit konkrete Auswirkungen auf das Kind verbunden sind (BayObLG NJW-RR 1990, 776, 777 = ZfJ 1990, 477, 478 = MDR 1990, 631 = FamRZ 1990, 799 [LS]; ZBIJugR 1983, 234, 238; BayObLGZ 1978, 105, 109 = StAZ 1979, 13, 15). So liegt zugleich eine (mittelbare) Pflichtwidrigkeit gegenüber dem Kind vor, wenn der Elternteil infolge häufiger Straftaten unfähig wird, für das Kind zu sorgen (LG Kleve DAVorm 1970, 315; LG München II DAVorm 1980, 119, 124; **aA** FINGER FuR 1990, 183, 186). das Kind infolge der Freiheitsentziehung des Elternteils sich selbst überlassen bleibt oder sein Unterhalt gefährdet ist (BayObLG FamRZ 1979, 1078 [LS]; OLG Frankfurt OLGZ 1983, 135 = FamRZ 1983, 531; OLG Düsseldorf DAVorm 1977, 757, 758; vgl auch LG Duisburg DAVorm 1975, 432 und AG Homburg DAVorm 1976, 160, 161). Dabei genügt es, wenn der Elternteil durch sein strafbares Verhalten in Kauf nimmt, daß das Kind von ihm nicht versorgt und betreut werden kann, weil er sich ständig in Strafhaft befindet (AG Cuxhaven FamRZ 1976, 241, 242).
- 19 Mißbraucht der nichtsorgeberechtigte Elternteil den persönlichen Umgang, um das Kind dem sorgeberechtigten Elternteil zu entziehen, so liegt darin eine Straftat gegen den anderen Elternteil (§ 235 StGB), nicht gegen das Kind. Die Rechtspr in Fällen, in denen der nichtsorgeberechtigte Elternteil mit dem Kind **im Ausland untergetaucht** war, ist nicht einheitlich. Während im Fall BayObLG FamRZ 1989, 429 = ZfJ 1989, 201 = MDR 1988, 1058 eine anhaltend gröbliche Pflichtverletzung aufgrund körperlicher Vernachlässigung und unzureichender Schulbildung bejaht wurde, wurde im Falle BayObLG NJW-RR 1990, 776 = ZfJ 1990, 477 = MDR 1990, 631 = FamRZ 1990, 799 (LS) eine besonders schwere Pflichtverletzung mangels konkreter schwerwiegender Auswirkungen auf das Wohl des Kindes verneint, da durch den Auslandsaufenthalt eingetretene Defizite in der Schulausbildung keine endgültigen schweren Nachteile für den weiteren Lebensweg begründet und für die Wiedereingliederung in deutsche Lebensverhältnisse bzw den Haushalt des Sorgeberechtigten keine anhaltenden Schwierigkeiten bereitet hätten.
- 20 Als eine gröbliche Pflichtverletzung ist es anzusehen, wenn der Vater der Mutter nach der Geburt des Kindes keine anhaltende persönliche Unterstützung zuteil werden läßt, sondern sie durch sein aggressives, gewalttätiges und labiles Verhalten dazu nötigt, das Kind zur Adoption freizugeben (BayObLG FamRZ 1988, 868, 871 = NJW-RR 1988, 1352, 1353 = ZfJ 1989, 207, 210). Die Drogen-, Alkohol- oder sonstige Suchtmittelabhängigkeit des Elternteils stellt für sich genommen keine Pflichtverletzung gegenüber dem Kind dar, kann aber Maßnahmen nach den §§ 1666 ff rechtfertigen (OLG Frankfurt OLGZ 1983, 135 = FamRZ 1983, 531). Anders liegt es bei nachgewiesenen negativen Auswirkungen für die Entwicklung des Kindes (FINGER FuR 1990, 183, 186).
- 21 **Steht einem Elternteil das Sorgerecht** infolge von Ehescheidung oder aufgrund von Maßnahmen nach den §§ 1666 ff **ganz oder teilweise nicht mehr zu**, so können nur noch solche Pflichten verletzt werden, die dem Elternteil verblieben sind (BayObLG NJW-RR 1990, 776 = ZfJ 1990, 477, 478 = MDR 1990, 631 = FamRZ 1990, 1150 [LS]; FamRZ 1984, 417, 419; ZBIJugR 1983, 234, 237 f; DAVorm 1981, 131, 136; FamRZ 1979, 1078 [LS]; OLG Frankfurt OLGZ 1985, 171 = FamRZ 1985, 831; OLGZ 1983, 135, 136 = FamRZ 1983, 531; OLG Hamm ZfJ 1984, 364, 370). Wurde das Sorgerecht in toto entzogen und außerdem die Befugnis zum persönlichen Umgang ausgeschlossen, so bleibt als Pflicht, die dem Kind gegenüber verletzt werden kann, im wesentlichen nur die Unterhaltungspflicht übrig. War der

Elternteil für eine gewisse Zeit zu Pflege und Erziehung nicht fähig, zB aufgrund eines geistigen Gebrechens, und sind in der Folge Bindungen des Kindes zu anderen Personen entstanden, so stellt das Bestreben des Elternteils nach Aufrechterhaltung des verwandtschaftl. Verhältnisses zum Kind und die Weigerung, in die Annahme einzuwilligen, jedenfalls dann keine als Rücksichtslosigkeit zu qualifizierende gröbliche Pflichtverletzung dar, wenn zuvor Elternpflichten nur in geringem Ausmaß verletzt worden waren (OLG Köln FamRZ 1990, 1152, 1153 = DAVorm 1990, 808, 809; aA MünchKomm-LÜDERITZ Rz 19; vgl dazu auch unten Rz 50). Zum Sonderfall der Stiefkindadoption gegen den Willen des nichtsorgeberechtigten Elternteils vgl unten Rz 45 ff.

c) Das Merkmal „anhaltend“

22

Erforderlich ist eine anhaltende Pflichtverletzung. Ein einmaliger Verstoß gegen elterl. Pflichten reicht – soweit nicht die Voraussetzungen des Abs 1 S 2 erfüllt sind – nicht aus. Die Pflichtverletzung muß vielmehr **von längerer Dauer** sein. Über welchen Zeitraum sie sich erstrecken muß, um „anhaltend“ zu sein, läßt sich nicht pauschal beurteilen, sondern ist **im Einzelfall** unter Berücksichtigung von Art und Schwere der Pflichtverletzung **festzustellen** (BT-Drucks 7/421, 8; LG München II DAVorm 1980, 119, 123). Während bei jüngeren oder labilen Kindern uU eine die Ersetzung der Einwilligung rechtfertigende Gefährdung bereits bei Verstößen in Betracht kommt, die sich nur über einen relativ kurzen Zeitraum erstrecken, wird bei älteren und stabilen die Pflichtverletzung idR länger andauern müssen (OBERLOSKAMP ZBJugR 1980, 581, 584; FINGER FuR 1990, 183, 188). Die sichere Erwartung, daß der Elternteil auch in Zukunft gegen seine Pflichten verstoßen wird, ist nicht mehr Ersetzungsvoraussetzung, nachdem der Gesetzgeber durch das AdoptRÄndG v 14. 8. 1973 (BGBl I 1013) das Merkmal **„dauernd“ durch den Begriff „anhaltend“ ersetzt** und die Vergangenheitsform („**verletzt hat**“) gewählt hat (BT-Drucks 7/421, 8; BayObLGZ 1974, 413, 416 = FamRZ 1976, 234, 238; OLG Hamm ZfJ 1984, 364, 368; FamRZ 1977, 415, 418 = StAZ 1977, 282, 286; OLGZ 1976, 434, 435 = FamRZ 1976, 462, 463; OLG Köln FamRZ 1982, 1132, 1133; anders noch OLG Zweibrücken FamRZ 1976, 469, 470 = DAVorm 1976, 340, 342). Die Formulierung wurde bewußt gewählt, damit Eltern, die sich lange Zeit nicht um das Kind gekümmert haben, das Zustandekommen der Adoption nicht mehr dadurch verhindern können, daß sie unter dem Druck der bevorstehenden Adoption ihr Verhalten ändern und den Entschluß bekunden, das Kind jetzt zu sich zu nehmen. Ein „Gesinnungswandel“ unter dem Druck der bevorstehenden Adoption ist daher unbeachtlich (BT-Drucks 7/421, 8). Die sichere Erwartung, die Eltern-Kind-Beziehung werde sich bessern (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 8) oder die begründete Annahme, eine Periode gröblicher Pflichtverletzung gehöre der Vergangenheit an (ERMAN-HOLZHAUER Rz 8; FINGER FuR 1990, 183, 187f), kann die Ersetzung nur hindern, wenn der Elternteil noch als Bezugsperson vorhanden ist und eine Rückführung des Kindes ohne nachteilige Folgen für seine Entwicklung in Betracht kommt (vgl dazu unten Rz 49 f).

d) Subjektive Voraussetzungen

23

Subjektiv ist für die Ersetzung der Einwilligung bei anhaltend gröblicher Pflichtverletzung **weder eine besondere individuelle Schuld noch eine verwerfliche Gesinnung erforderlich** (OLG Karlsruhe FamRZ 1983, 1058, 1059; BGB-RGRK-DICKHSCHEID Rz 8; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 7). Die Pflichtverletzung muß lediglich offensichtlich und für den Elternteil erkennbar sein (BT-Drucks 7/421, 9), was ein Mindestmaß an Einsichtsfähigkeit erfordert (OLG Karlsruhe FamRZ 1983, 1058, 1059; BayObLGZ 1977, 148, 154; aA FINGER FuR 1990, 183, 184). Fehlt es hieran,

kommt eine Ersetzung nach § 1748 Abs 3 in Betracht, in besonders gravierenden Fällen kann die Einwilligung sogar nach § 1747 Abs 4 ganz entbehrlich sein (OBERLOSKAMP ZBIJugR 1980, 581, 585). Während vor dem AdoptRÄndG v 14. 8. 1973 (BGBl I 1013) die Einwilligung nach § 1747 Abs 3 aF nur ersetzt werden konnte, wenn der Elternteil sie „böswillig“ verweigerte, ist dieses Erfordernis **im heutigen § 1748 Abs 1 S 1 nicht mehr enthalten**. In der Praxis hatte es sich nämlich als schwierig erwiesen, dem die Einwilligung verweigernnden Elternteil „Böswilligkeit“, dh verwerfliche Gründe, insbes eine „gehässige, feindselige Gesinnung“ nachzuweisen (zu diesen Erfordernissen im einzelnen vgl Vorauf § 1747 Rz 49), so daß gerade dieses Merkmal ein Haupthindernis für die Ersetzung der Einwilligung darstellte (BT-Drucks 7/421, 9). Das Merkmal der Böswilligkeit wurde deshalb vom Reformgesetzgeber bewußt ersatzlos gestrichen. Es kann deshalb nicht der Ansicht gefolgt werden, daß die „Böswilligkeit“ der Verweigerung auch heute noch bei der Ersetzungsentscheidung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal mitzuprüfen sei (so aber SOERGEL-LIERMANN Rz 1; offenbar auch ROTH-STIELOW Rz 11). Auch unter verfassungsrechtl Gesichtspunkten ist eine solche Interpretation nicht geboten (BayObLG FamRZ 1984, 417, 418 f).

3. Gleichgültigkeit

24 a) Zweck des Ersetzungsgrundes

Mit der Einführung des Ersetzungsgrundes der Gleichgültigkeit durch das AdoptR-ÄndG v 14. 8. 1973 (BGBl I 1013) sollte die Adoption in den Fällen ermöglicht werden, in denen sich die Eltern **gegenüber dem Kind und dessen Entwicklung gänzlich teilnahmslos zeigen**, ohne daß sie damit zugleich der Vorwurf einer anhaltend gröblichen Pflichtverletzung trifft (BT-Drucks 7/421, 8).

25 b) Begriff der Gleichgültigkeit

Gleichgültig verhält sich ein Elternteil, der es **an persönlicher Zuwendung zum Kind völlig fehlen läßt**, also zB über einen längeren Zeitraum hinweg keinen Kontakt pflegt (BayObLG DAVorm 1990, 381, 382 = FamRZ 1990, 799 (LS); FamRZ 1984, 417, 419; ZBIJugR 1983, 234, 238; DAVorm 1981, 131, 138; AG Bad Iburg DAVorm 1983, 62, 64). Wer sein Kind in die Obhut Dritter gibt, ist gehalten, einen zumutbaren persönlichen Erziehungsbeitrag zu leisten (Kontakt durch Besuche, gemeinsame Wochenenden oder Ferien, Briefe, Telefongespräche usw), um die persönliche Beziehung zum Kind aufrechtzuerhalten (AG Wunsiedel DAVorm 1982, 100, 101; FINGER DAVorm 1990, 393, 397; FuR 1990, 183, 188; SALGO 383; OBERLOSKAMP ZBIJugR 1980, 581, 589), wobei dem Kontaktbedürfnis des Kindes in der jeweiligen Lebensphase Rechnung zu tragen ist (AG Bad Iburg DAVorm 1983, 62, 64). Gleichgültigkeit zeigen Eltern, die sich nur sporadisch um das Kind kümmern (OLG Köln FamRZ 1987, 203, 204). Hingegen darf nicht auf Gleichgültigkeit geschlossen werden, wenn Besuchskontakte im Interesse des Kindeswohls auf Anraten des Jugendamts eingeschränkt werden oder unterbleiben (BayObLG FamRZ 1984, 417, 419; FINGER DAVorm 1990, 393, 397; FuR 1990, 183, 188) oder wenn es für die Weigerung, das Kind zu sich zu nehmen, vernünftige Gründe gibt (LG Mannheim DAVorm 1985, 723, 725: Krankheit). Ist dem Elternteil der Aufenthaltsort des Kindes unbekannt, so kann auf Gleichgültigkeit geschlossen werden, wenn er kein weiteres Interesse am Schicksal des Kindes zeigt und sich nicht um eine Besuchsregelung bemüht (vgl OLG Hamm OLGZ 1976, 434, 437 = FamRZ 1976, 462, 466), nicht aber, wenn das Bemühen um die Bekanntgabe des

Aufenthaltsortes bzw um eine Umgangsregelung dem Elternteil von vornherein aussichtslos erscheinen muß.

Mangelndes Interesse am Kind und dessen Schicksal kann sich auch darin zeigen, **26** daß der Elternteil trotz seines grds Einverständnisses mit der Adoption die Erteilung der Einwilligung immer wieder aufschiebt, von unbilligen Bedingungen abhängig macht oder es aus Teilnahmslosigkeit unterläßt, die Einwilligungserklärung beurkunden zu lassen (BT-Drucks 7/421, 8). Gleichgültigkeit kann auch dann vorliegen, wenn der Elternteil zwar äußerlich am Kind festhält, dieser „Besitzanspruch“ aber keiner echten gefühlsmäßigen Bindung entspricht, sondern durch Eifersucht, verletzten Stolz, Neid, Rachsucht, Böswilligkeit, schlechtes Gewissen oder die bloße Besorgnis ums eigene Wohl motiviert ist (BayObLG FamRZ 1984, 417, 419; ZBJugR 1983, 234, 238 f; DAVorm 1981, 131, 138).

Bei der Gleichgültigkeit handelt es sich um eine **subjektive Einstellung** zum Kind. **27** Da sich eine solche Einstellung nur schwer nachprüfen läßt, mißt das Gesetz dem äußeren Verhalten des Elternteils Indizwirkung bei und läßt es genügen, wenn **objektiv feststellbare Tatsachen** nach der Lebenserfahrung den Schluß zulassen, daß dem Elternteil das Kind gleichgültig ist (BT-Drucks 7/421, 8). Die Gründe oder Motive des Elternteils für sein Verhalten sind daher nicht entscheidend; so ist unerheblich, ob das Lebensschicksal bzw der gesundheitliche Zustand des Elternteils für sein Verhalten mitbestimmend waren (BayObLG DAVorm 1990, 381, 382 = FamRZ 1990, 799 [LS]; LG Frankfurt FamRZ 1990, 663; FINGER FuR 1990, 183, 189).

c) Abgrenzung zur anhaltend gröblichen Pflichtverletzung

28

In der Teilnahmslosigkeit gegenüber dem Kind und dessen Schicksal liegt vielfach zugleich eine anhaltend gröbliche Pflichtverletzung iS v Abs 1 S 1. So trifft Eltern, die ihr Kind gleich nach der Geburt oder auch später in ein Heim oder eine Pflegefamilie abschieben und es fortan an jedweder persönlichen Zuwendung fehlen lassen, nicht nur der Vorwurf der Gleichgültigkeit, sie verletzen auch ihre elterl Pflicht gröblich (vgl oben Rz 14). Die Abgrenzung, wann „nur“ Gleichgültigkeit und wann bereits eine gröbliche Pflichtverletzung vorliegt, ist deshalb von Bedeutung, weil im letzteren Fall die Einwilligung ersetzt werden darf, ohne daß es zuvor einer Belehrung und Beratung nach Abs 2 bedarf. In der Praxis hatte das strikte Festhalten der Rechtsprechung an der Beratungspflicht nach § 51 a JWG allerdings zu einer Grenzverschiebung zugunsten des Abs 1 geführt (vgl dazu und zur Modifikation der Beratungspflicht durch § 51 Abs 2 SGB VIII unten Rz 30, 34 f).

Maßgebendes Kriterium für die Abgrenzung ist, ob es der Elternteil noch in der Hand hat, durch bloße Änderung seines Verhaltens gegenüber dem Kind eine echte Eltern-Kind-Beziehung (wieder-)herzustellen (dann „nur“ Gleichgültigkeit) oder ob bereits unwiderrufliche Nachteile für das Kind eingetreten sind und diese Gefährdung des Kindeswohls nicht mehr allein durch eine Änderung der subjektiven Einstellung, durch die Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsbewußten Verhaltens des Elternteils beseitigt werden kann (dann bereits gröbliche Pflichtverletzung; so BayObLG FamRZ 1982, 1129, 1130 = ZBJugR 1982, 230, 233; OLG Köln FamRZ 1987, 203, 204; FINGER DAVorm 1990, 393, 394 f; GAWLITTA ZfJ 1988, 110; ERMAN-HOLZHAUER Rz 14). Inwieweit eine „**wiederbelebungsfähige Restbindung**“ noch besteht, ist nach den Verhältnissen des Einzelfalls zu beurteilen. Neben dem konkreten Verhalten des Elternteils kommt dabei insbes dem Alter und Entwicklungsstand des Kindes besonderes Gewicht zu (dazu GAWLITTA ZfJ 1988, 110, 111). Nur solange der Elternteil wenigstens als eine latente

Bindungsperson angesehen werden kann, ist sein Fehlverhalten noch reparabel und können Beratung und Hilfsangebote des JugA (Abs 2) zugunsten des Kindes noch etwas bewirken (GAWLITTA ZfJ 1988, 110, 111).

30 d) Formelle Ersetzungsvoraussetzungen

Liegt nach den genannten Kriterien in der Gleichgültigkeit des Elternteils nicht zugleich eine anhaltend gröbliche Pflichtverletzung, so darf die Einwilligung nach dem Wortlaut des Abs 2 S 1 nur ersetzt werden, wenn der Elternteil vom JugA über die Möglichkeit der Ersetzung belehrt und nach § 51a JWG beraten worden ist. Der Wortlaut der Bestimmung trägt allerdings nicht den zum **1.1.1991** durch das **Inkrafttreten des KJHG** bewirkten Modifikationen Rechnung, das zwar an der Pflicht zur Belehrung festgehalten (§ 51 Abs 1 SGB VIII), die Verpflichtung zur Beratung gegenüber § 51 a JWG aber erheblich abgeschwächt hat (§ 51 Abs 2 SGB VIII); vgl dazu unten Rz 34 f.

31 aa) Belehrung des Elternteils

Während eine gröbliche Pflichtverletzung im allgemeinen offensichtlich und für den Elternteil als solche erkennbar ist – mit der Folge, daß er Sanktionen zu gewärtigen hat – ist bei der Alternative „Gleichgültigkeit“ nicht klar umrissen, von welcher Art und Dauer das zu beanstandende Verhalten sein muß. Die **Belehrungspflicht** verfolgt den Zweck, die Eltern nicht mit dem Vorwurf der Gleichgültigkeit und der Möglichkeit der Ersetzung der Einwilligung zu überraschen, sondern ihnen Gelegenheit zu geben, ihre Einstellung und ihr Verhalten gegenüber dem Kind zu ändern.

Das Gesetz räumt dem Elternteil eine mit der Belehrung beginnende **Frist v 3 Monaten** ein, die Änderung seiner Einstellung und seines Verhaltens gegenüber dem Kind zu beweisen. Auf diese Frist ist der Elternteil bei der Belehrung hinzuweisen (Abs 2 S 1 HS 2; § 51 Abs 1 S 2 SGB VIII). Der Umstand, daß die Frist frühestens 5 Monate nach der Geburt des Kindes abläuft (Abs 2 S 3; § 51 Abs 1 S 4 SGB VIII), bedeutet nicht, daß die Belehrung erst stattfinden darf, wenn das Kind 2 Monate alt ist. Die Elternpflichten beginnen mit der Geburt des Kindes, und das JugA hat aktiv zu werden, sobald es von Umständen Kenntnis erlangt, die auf Gleichgültigkeit der Eltern schließen lassen. Eine möglichst frühzeitige Vornahme der Belehrung ist im Interesse des Kindes sogar geboten, um dem Kind jeden unnötigen Zeitverlust zu ersparen (FINGER DAVorm 1990, 393, 398 f; OBERLOSKAMP ZBJugR 1980, 581, 590 f; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 11; BGB-RGRK-DICKE-SCHIED Rz 17).

Innerhalb v 3 Monaten nach der Belehrung hat der Elternteil die Änderung seines Verhaltens gegenüber dem Kind unter Beweis zu stellen, wobei ihm uU auch der Wechsel seines Wohnortes bzw seines Arbeitsplatzes zuzumuten ist, um das Kind zu sich nehmen oder häufiger besuchen zu können (BT-Drucks 7/421, 10). Zu beachten ist, daß der fruchtlose Ablauf der Frist nur ein zusätzliches Erfordernis für die Ersetzung der Einwilligung darstellt. Bei der Ersetzungsentscheidung hat das Gericht stets gesondert zu prüfen, ob das Verhalten des Elternteils das Merkmal der Gleichgültigkeit auch tatsächlich erfüllt. Der Ersetzung steht es nicht entgegen, wenn der Elternteil nur während eines Teils der Frist sein Verhalten ändert oder nach Fristablauf zur früheren Gleichgültigkeit zurückkehrt (BT-Drucks 7/421, 10).

- 32** Die **Belehrung** muß – soweit nicht die Voraussetzungen des Abs 2 S 2 erfüllt sind – der Ersetzung der Einwilligung **zwingend** vorausgehen. Es kann hiervon auch nicht ausnahmsweise abgesehen werden (BayObLG FamRZ 1984, 935, 936; FamRZ 1982, 1129, 1130 = ZBJugR 1983, 230, 232; OLG Hamm FamRZ 1977, 415, 418 =

StAZ 1977, 282, 284 f; OLG Köln FamRZ 1987, 203, 204). Verweigert der Elternteil jede Kooperation, so ist eine schriftliche Belehrung durch das JugA als ausreichend anzusehen (OBERLOSKAMP ZBIJugR 1980, 581, 591; FINGER DAVorm 1990, 393, 399; FuR 1990, 183, 189; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 11; zu weitgehende Anforderungen stellt OLG Hamm FamRZ 1977, 415, 417 f = StAZ 1977, 282, 285). **Wechselt der Elternteil seinen Aufenthaltsort ohne Hinterlassung seiner neuen Anschrift** und läßt sich sein Aufenthaltsort auch nicht ermitteln, so weist dies idR auf besonders krasse Gleichgültigkeit hin. Da in einem solchen Fall eine Belehrung nach Abs 2 S 1 nicht durchführbar ist, erklärt das Gesetz dieses Ersetzungserfordernis für entbehrlich, wenn der Aufenthaltsort trotz angemessener Nachforschungen des JugA während eines Zeitraums v 3 Monaten nicht ermittelt werden kann (Abs 2 S 2 HS 1; § 51 Abs 1 S 3 SGB VIII). Das JugA hat dabei alle ordnungsbehördlichen Maßnahmen zur Aufenthaltsermittlung auszuschöpfen und allen Hinweisen und Informationen von Gerichten, Behörden etc nachzugehen (BGB-RGRK-DICKE-SCHIED Rz 18; FINGER DAVorm 1990, 393, 398; vgl OLG Zweibrücken FamRZ 1976, 469, 470 = DAVorm 1976, 340, 343). Die **Dreimonatsfrist beginnt** mit der ersten auf die Belehrung oder auf die Ermittlung des Aufenthalts gerichteten Handlung des JugA (Abs 2 S 2 HS 2; § 51 Abs 1 S 3 HS 2 SGB VIII). Läßt sich der Aufenthaltsort innerhalb v 3 Monaten ermitteln, so ist der Elternteil nunmehr zu belehren, womit eine neue Dreimonatsfrist in Gang gesetzt wird. **Ist die Frist bereits abgelaufen**, wird danach aber der Aufenthaltsort des Elternteils bekannt, erscheint eine Belehrung nach dem Wortlaut des Abs 2 S 2 entbehrlich (so auch MünchKomm-LÜDERITZ Rz 11). Angesichts der weitreichenden Folgen der Ersetzung der Einwilligung und unter Berücksichtigung der mit der zwingend vorgeschriebenen Belehrung verfolgten Zwecke wird aber auch in einem solchen Fall die Durchführung einer Belehrung zu fordern sein, solange die Einwilligung noch nicht rechtskräftig ersetzt ist. Daher hat das OLG Köln (FamRZ 1987, 203; zust FINGER FuR 1990, 183, 191) in einem Fall, in dem die Mutter, deren Aufenthalt zunächst nicht zu ermitteln war, dann aber gegen die Ersetzungsentscheidung mit der Beschwerde vorgegangen war, die Vornahme einer Belehrung nach Abs 2 trotz des Ablaufs der Dreimonatsfrist zu Recht als Ersetzungsvoraussetzung angesehen und dem Gesichtspunkt der Verfahrensbeschleunigung keine den Belehrungszweck überwiegende Bedeutung beigemessen. Verfehlt erscheint unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks auch die Annahme, eine Belehrung sei überflüssig, wenn eine Verhaltensänderung überhaupt nicht in Betracht komme (so aber MünchKomm-LÜDERITZ Rz 11 unter Hinw in Fn 62 a auf OLG Hamm MittLJugA Wf/Lippe Nr 82 S 75, 80; FINGER DAVorm 1990, 393, 400 ff; aA BayObLG FamRZ 1984, 935, 936; FamRZ 1982, 1129, 1130 = ZBIJugR 1983, 230, 232; OLG Hamm FamRZ 1977, 415, 418 = StAZ 1977, 282, 284 f; OLG Köln FamRZ 1987, 203, 204; BGB-RGRK-DICKE-SCHIED Rz 15).

Gem Abs 2 S 3, § 51 Abs 1 S 4 SGB VIII **endet die Frist** in allen Fällen **frühestens 33 5 Monate nach der Geburt** des Kindes.

bb) Beratung des Elternteils

34

Nach § 51 a Abs 1 S 1 JWG, auf den Abs 2 S 1 Bezug nimmt, war der Elternteil gleichzeitig mit der Belehrung vom JugA über Hilfen zu beraten, die das Verbleiben des Kindes in der eigenen Familie oder seine Unterbringung in einer geeigneten Familie ermöglichen könnten. Dem lag der Gedanke zugrunde, daß das Fehlverhalten in vielen Fällen auch Ausdruck von seelischen und wirtschaftlichen Notlagen ist, bei denen durch das JugA Hilfestellungen geboten werden sollten mit dem **Ziel**, den Verbleib des Kindes bei den leibl Eltern oder seine Unterbringung in einer geeigneten

ten Familie zu erreichen, **ohne daß eine Adoption erforderlich wird** (vgl BT-Drucks 7/421, 9 f).

Die zwingende Beratungspflicht nach § 51 a Abs 1 JWG und der in dieser Vorschrift enthaltene Vorrang der Unterbringung des Kindes in einer Pflegestelle vor einer Adoption war auf den Fall abgestellt, daß das Kind bislang in der Herkunftsfamilie lebte. In der Praxis leben aber Kinder, deren Adoption angestrebt wird, meist seit längerer Zeit außerhalb der eigenen Familie und haben dort neue, intensive Beziehungen entwickelt. Vielfach sahen sich die JugÄ daher nicht in der Lage, Eltern über Hilfen zu beraten, die zu einer „**Rückverpflanzung**“ des Kindes hätten führen können. Dieses Dilemma sowie das vielfache Leerlaufen der Beratungspflicht in diesen Fällen hatte zu Versuchen geführt, den zwingenden Charakter der Beratungspflicht abzuschwächen. So sollte nach einer zT vertretenen Auffassung die Beratung entbehrlich sein, wenn eine Verhaltensänderung des Elternteils unter keinen Umständen in Betracht kam (vgl FINGER DAVorm 1990, 393, 399 f; FuR 1990, 183, 189; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 11; ähnlich LG Frankfurt FamRZ 1990, 663 für den Fall, daß sich aus dem Gesamtverhalten des Elternteils ergab, daß auch tatsächliche Beratungen fruchtlos ausgefallen wären). Die überwiegende Rechtsprechung hatte demgegenüber am zwingenden Charakter der Beratungspflicht festgehalten und Ausnahmen davon nicht zugelassen (BayObLG FamRZ 1984, 935, 936; FamRZ 1982, 1129, 1130 = ZBIJugR 1983, 230, 232; OLG Hamm FamRZ 1977, 415, 418 = StAZ 1977, 282, 284 f; OLG Köln FamRZ 1987, 203, 204), zT aber Abs 1 tendenziell so interpretiert, daß Abs 2 weitgehend leer lief (vgl dazu und zur allg Problematik des § 51 a Abs 1 JWG GAWLITTA ZfJ 1988, 110; FINGER DAVorm 1990, 393, 399 f; FuR 1990, 183, 189; SALGO 380 ff; BT-Drucks 11/5948, 88 f).

35 Der Gesetzgeber hat nunmehr mit dem am **1.1.1991** in Kraft getretenen KJHG insoweit Abhilfe geschaffen. § 51 Abs 2 S 2 SGB VIII befreit das JugA ausdrücklich von der Beratungspflicht in den Fällen, in denen der Rückkehr des Kindes in die eigene Familie die Voraussetzungen des § 1632 Abs 4 entgegenstehen, also das Kind **seit längerer Zeit** bei den Annehmenden in **Familienpflege** lebt und bei seiner Herausgabe an den Elternteil eine **schwere und nachhaltige Schädigung des körperlichen und seelischen Wohlbefindens des Kindes** zu erwarten ist. Durch die Ausgestaltung der Beratung als **Sollvorschrift** (§ 51 Abs 2 S 1 SGB VIII) soll vermieden werden, daß durch etwaige Fehler bei der Beratung die Ersetzung der Einwilligung in Frage gestellt wird (BT-Drucks 11/5948, 89).

36 Die Beratung soll auf die Beseitigung der Gleichgültigkeit und damit auf die Erhaltung eines natürlichen Eltern-Kind-Verhältnisses ausgerichtet sein. Eine „Beratung“, die nicht auf die Beseitigung der Gleichgültigkeit abzielt, sondern nur dazu dient, dem Elternteil die Notwendigkeit einer Adoption klarzumachen, wird den Anforderungen nicht gerecht (so zu § 51 a Abs 1 JWG BayObLG FamRZ 1982, 1129, 1130 f = ZBIJugR 1982, 230, 233; OLG Hamm FamRZ 1977, 415, 417 f = StAZ 1977, 282, 284 f; FINGER DAVorm 1990, 393, 399).

37 e) Abgrenzung zu § 1747 Abs. 4 Alt 2

Ist der Aufenthalt des einwilligungsberechtigten Elternteils unbekannt, stellt sich die Frage nach der Abgrenzung zwischen § 1747 Abs 4 Alt 2 und § 1748 Abs 2 S 2. Gem § 1747 Abs 4 Alt 2 ist die Einwilligung entbehrlich, wenn der Aufenthalt des Einwilligungsberechtigten dauernd unbekannt ist. Die Entbehrlichkeit der Einwilligung ist im Adoptionsbeschluß inzidenter festzustellen (vgl § 56 e S 1 HS 2 FGG und § 1752 Rz 23). Wird sie fälschlich bejaht, so liegt ein Aufhebungsgrund vor (§ 1760 Abs 1). Wird hingegen die Einwilligung ersetzt, ohne daß die Voraussetzun-

gen des § 1748 Abs 2 S 2 im konkreten Fall tatsächlich vorlagen, und erwächst der Ersetzungsbeschluß in Rechtskraft, so ist dies auf den Bestand der Adoption ohne Einfluß. Bei der Anwendung des § 1747 Abs 4 Alt 2 ist daher Vorsicht angebracht und im Zweifel der bestandskräftigen Ersetzung der Vorzug zu geben (OBERLOSKAMP ZBlJugR 1980, 581, 591 f; vgl außerdem § 1747 Rz 39).

4. Unverhältnismäßiger Nachteil

a) Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips

38

Sowohl bei Vorliegen einer anhaltend gröblichen Pflichtverletzung als auch bei festgestellter Gleichgültigkeit darf die Einwilligung in die Adoption nur ersetzt werden, wenn das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde (Abs 1 S 1 HS 2). Bei der Ersetzung der Einwilligung ist wegen der Schwere des Eingriffs in das Elternrecht (Art 6 Abs 2 S 1 GG) schon aus verfassungsrechtl Gründen die strikte Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geboten. Die Adoption gegen den Willen der leibl Eltern muß erforderlich sein, um die infolge ihres Versagens bereits eingetretene oder drohende Gefahr für eine gesunde Entwicklung des Kindes abzuwenden. Sie darf nur erfolgen, wenn mildere Mittel nicht ausreichen (BVerfGE 24, 119, 146 = NJW 1968, 2233, 2236 = FamRZ 1968, 578, 584). Stets ist daher vorrangig zu prüfen, ob nicht bereits **Maßnahmen nach den §§ 1666 ff** (zB Entziehung der Personensorge, Unterbringung bei Pflegeeltern) zur Wahrung der Kindesinteressen **genügen**.

Die Prüfung der Frage, ob das Unterbleiben der Adoption für das Kind unverhältnismäßig nachteilig wäre, darf nicht auf einen Vergleich der Lage des Kindes mit und ohne Adoption beschränkt werden. Vielmehr müssen die **Eltern- und Kindesinteressen umfassend gegeneinander abgewogen werden**. Dabei ist der Nachteil, den das Unterbleiben der Adoption bedeutet, in Beziehung zu setzen zur Schwere des Eingriffs in das Elternrecht (BGH FamRZ 1986, 460, 462 = NJW-RR 1986, 802, 803 = ZfJ 1986, 221, 222; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 13; SALGO 385 f). Der Nachteil muß so schwer wiegen, daß der Eingriff in das Elternrecht angesichts des Fehlverhaltens der Eltern hingenommen werden kann (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 10), oder, positiv formuliert: Durch die Adoption muß sich die Lage des Kindes so verbessern, daß der Vorteil für das Kind außer Verhältnis zum Rechtsverlust des Elternteils steht. Dabei fallen die Elternrechte bei der Abwägung um so weniger ins Gewicht, je schwerer die Pflichtverletzung bzw je nachhaltiger die Gleichgültigkeit ist.

Durch die Adoption müssen **die gesamten Lebensverhältnisse des Kindes entscheidend verbessert werden** (OLG Hamm FamRZ 1976, 462, 464). Ein unverhältnismäßiger Nachteil ist im Zweifel nicht anzunehmen, wenn die Adoption lediglich zu einer Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse (BayObLGZ 1977, 148, 153 = Rpfleger 1977, 303, 304; BayObLGZ 1974, 413, 417 = FamRZ 1976, 234, 238; OLG Hamm FamRZ 1976, 462, 464; LG München II DAVorm 1980, 119, 125) oder der Schulverhältnisse, zur Umsiedlung aus der ungesunden Großstadtumgebung in gesündere Kleinstadtverhältnisse oder zur Betreuung durch einen nicht berufstätigen Annehmenden führen würde (SOERGEL-LIERMANN Rz 18; ROTH-STIELOW Rz 11; FINGER FuR 1990, 183, 191) oder dem Kind dadurch günstigere Entwicklungschancen eingeräumt würden als in dem wenig günstigen soziokulturellen Milieu, in das es „schicksalhaft“ hineingeboren wurde (OLG Hamm ZfJ 1984, 364, 370).

Erfordert die Verhältnismäßigkeitsprüfung eine umfassende Würdigung derjenigen **41** Verhältnisse und Lebensumstände, die die geistige und leibl Entwicklung des

Kindes mit und ohne Adoption bestimmen würden (BayObLG FamRZ 1975, 232, 233 f; OLG Hamm DAVorm 1978, 364, 376; FamRZ 1977, 415, 419 = StAZ 1977, 282, 286; OLGZ 1976, 434, 436 = FamRZ 1976, 462, 465; OLG Zweibrücken FamRZ 1976, 469, 470 = DAVorm 1976, 340, 343), so kommt eine Ersetzung der Einwilligung nur hinsichtlich der Annahme durch einen ganz konkreten, bereits feststehenden Annehmenden in Betracht (LG Saarbrücken ZBlJugR 1983, 239, 240; FINGER FuR 1990, 183, 191). Dabei ist auch die **Ersetzung der Einwilligung in eine Inkognito-adoption** (vgl § 1747 Abs 3 S 2) zulässig (BVerfGE 24, 119, 152 ff = NJW 1968, 2233, 2237 f = FamRZ 1968, 578, 586 f); doch bedarf es auch in einem solchen Fall einer eingehenden Ermittlung der persönlichen, wirtschaftlichen und familiären Verhältnisse der künftigen Adoptiveltern (BayObLGZ 1977, 148, 151; OLG Hamm DAVorm 1978, 364, 376). Ebenso, wie de lege lata eine Blanko-Einwilligung nicht zulässig ist, kommt eine „**Blanko-Ersetzung**“ nicht in Betracht (krit dazu § 1747 Rz 21). Dies gilt selbst dann, wenn eine Rückkehr des Kindes zu den leibl Eltern von vornherein auszuschließen ist.

42 b) Notwendigkeit des Aufwachsens in einer Familie

Durch § 1748 sollte vor allem das Schicksal von verlassenen und im Heim aufwachsenden Kindern verbessert werden (BT-Drucks 7/421, 5). Ein unverhältnismäßiger Nachteil droht dem Kind immer dann, **wenn es ohne Adoption nicht in einer Familie groß werden kann**, also ohne feste Bezugsperson bleiben oder einen Wechsel der Pflegestelle befürchten müßte, eine Wertung, die auch in Abs 3 zum Ausdruck kommt. Das Erlebnis einer harmonischen und lebensstüchtigen Familiengemeinschaft ist für die gesunde körperliche und seelische Entwicklung eines Kindes unerlässlich (vgl oben Rz 9). Mit längerdauernden Heimaufenthalten und dem Fehlen einer festen Bezugsperson sind idR irreparable Entwicklungsschäden verbunden.

- 43 Ist das Kind in einer guten Pflegestelle untergebracht und würde es diese ohne Adoption verlieren, so liegt idR ein unverhältnismäßiger Nachteil iS v Abs 1 S 1 vor (OLG Düsseldorf DAVorm 1977, 751; LG Ellwangen DAVorm 1976, 160). Sind die Pflegeeltern bereit, das Kind auch ohne Adoption zu behalten, so ist die Rechtslage nicht ganz so eindeutig. In der Rspr wurde in solchen Fällen ein unverhältnismäßiger Nachteil verschiedentlich verneint (OLG Frankfurt FamRZ 1986, 601; OLG Düsseldorf DAVorm 1977, 755, 756; DAVorm 1976, 157, 158; LG Duisburg DAVorm 1975, 432, 433). In der neueren Rspr scheint sich indessen die überwiegende Auffassung durchzusetzen, daß ein **unverhältnismäßiger Nachteil auch dann** vorliegen kann, **wenn das Verbleiben des Pflegekindes in der Pflegestelle auch ohne Adoption nicht in Frage gestellt ist**. Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß der Status eines Pflegekindes rechtl ungesichert sei und das Kind Anspruch auf Klarheit und Sicherheit seiner familiären Beziehungen habe (BayObLG DAVorm 1990, 381, 383 = FamRZ 1990, 799 [LS]; FamRZ 1988, 871, 872 = ZfJ 1988, 569, 571; FamRZ 1982, 1129, 1131 = ZBlJugR 1983, 230, 234; BayObLGZ 1974, 413, 422 = FamRZ 1976, 234, 240; OLG Hamm ZfJ 1984, 364, 367 f; FamRZ 1977, 415, 420 = StAZ 1977, 282, 287; OLG Frankfurt FamRZ 1986, 1042; OLG Karlsruhe FamRZ 1990, 94, 95 f m zust Anm GAWLITTA = DAVorm 1990, 383, 385 ff = Justiz 1990, 401 f = ZfJ 1990, 281 [LS]; FamRZ 1983, 1058, 1060; LG München II DAVorm 1980, 119, 125 ff; LG Darmstadt DAVorm 1977, 375, 378; AG Bad Iburg FamRZ 1987, 632, 633 f; SALGO 386 ff). In der Tat fehlt Pflegekindverhältnissen im Gegensatz zur Adoption das Merkmal einer auf Dauer angelegten unwiderruflichen Zuordnung. Zwar bietet § 1632 Abs 4 dem Pflegekind Schutz davor, daß es „zur Unzeit“ aus der Pflegefamilie herausgerissen wird. Seine Einbindung in die Pflegefamilie ist aber rechtl nur vorläufig und unvollständig

(näher GAWLITTA FamRZ 1988, 807). Die Adoption begründet demgegenüber ein Höchstmaß an Geborgenheit (vgl BVerfGE 79, 51, 65 = NJW 1989, 519, 520 = FamRZ 1989, 31, 34) und schafft engere Beziehungen als ein stabiles, rechtlich abgesichertes Dauerpflegeverhältnis (OLG Karlsruhe FamRZ 1983, 1058, 1060). Die durch die Adoption bewirkte völlige – faktische wie rechtliche – Integration des Kindes in eine intakte Familie bietet am ehesten die Gewähr für ein harmonisches, geborgenes und von möglichen Einflüssen der leibl Eltern ungestörtes Aufwachsen des Kindes (vgl BayObLG DAVorm 1990, 381, 383 = FamRZ 1990, 799 [LS]; AG Wunsiedel DAVorm 1982, 100, 102; AG Bad Iburg DAVorm 1983, 62, 64). So kann sich für das Kind schon der Umstand schädigend auswirken, daß es sich in seiner Geborgenheit in der Pflegefamilie verunsichert und gestört fühlt (BayObLG FamRZ 1984, 937, 939; OLG Hamm FamRZ 1977, 415, 420 = StAZ 1977, 282, 287; LG München II DAVorm 1980, 119, 126; AG Bad Iburg DAVorm 1983, 62, 64). Zu Recht hat daher auch der BGH (FamRZ 1986, 460, 462 = NJW-RR 1986, 802, 803 = ZfJ 1986, 221, 222) die Annahme eines unverhältnismäßigen Nachteils nicht daran scheitern lassen, daß die Pflegeeltern bereit waren, das Kind auch ohne Adoption bei sich zu behalten (vgl auch ROTH ZfJ 1987, 64).

Befindet sich das Kind bei väterlichen oder mütterlichen Verwandten in Pflege, so **44** gelten für die Ersetzung der elterl Einwilligung grds die gleichen Überlegungen (OBERLOSKAMP ZBIJugR 1980, 581, 586 f; aA MünchKomm-LÜDERITZ Rz 14; wohl auch FINGER FuR 1990, 183, 190). Da die Überlagerung natürlicher durch künstliche Verwandtschaftsverhältnisse jedoch besondere Probleme aufwirft und vor allem dann Bedenken begegnet, **wenn ein Kind durch nahe Verwandte** (insbes Großeltern oder Geschwister) **angenommen werden soll** (vgl § 1741 Rz 20 ff), wird der für die Bestimmung des unverhältnismäßigen Nachteils erforderliche Abwägungsprozeß eher als im Falle einer angestrebten Fremdkindadoption zu dem Ergebnis führen, daß die Annahme nicht erforderlich ist, falls das Kind auch ohne Adoption ungestört in der ihm vertrauten Umgebung aufwachsen kann. Zur Adoption eines Kindes durch seine Großeltern mütterlicherseits mit Einverständnis der Mutter, aber gegen den Willen des Vaters vgl OLG Frankfurt FamRZ 1971, 322; zu einer Adoption durch die Schwester des Vaters mit Einverständnis der Mutter, aber gegen den Willen des Vaters vgl AG Cuxhaven FamRZ 1976, 241; zu einer Adoption des Kindes durch seine Großtante nach dem Tod der Mutter gegen den Willen des Vaters vgl BayObLG FamRZ 1984, 937; zu einer Adoption des nichtehel Kindes durch die Tante seiner Mutter gegen den Willen der Mutter vgl OLG Köln FamRZ 1987, 203.

c) Stiefkindadoption

45

Stiefkindadoptionen gegen den Willen des nichtsorgeberechtigten Elternteils werfen **besondere Probleme** auf (ausf dazu FRANK 76 ff). Wie bereits bei § 1741 Rz 33 ausgeführt, liegt eine Stiefkindadoption oft selbst dann nicht im Interesse des Kindes, wenn der nichtsorgeberechtigte Elternteil mit der Adoption einverstanden ist. Wird die Einwilligung verweigert, obwohl eine Adoption dem Wohl des Kindes dienen würde, so scheitert die Ersetzung in aller Regel am Erfordernis der anhaltend gröblichen Pflichtverletzung, weil dem nichtsorgeberechtigten Elternteil nach der Scheidung im wesentlichen nur zwei Möglichkeiten der Bewährung verbleiben, nach § 1634. Wird die **Unterhaltungspflicht verletzt**, so liegt eine „gröbliche“ Pflichtverletzung oft deshalb nicht vor, weil das Kind von der sorgeberechtigten Mutter und deren Ehemann wie dessen eigenes angemessen unterhalten wird (vgl oben Rz 17), und die **Nichtwahrnehmung des Umgangsrechts** findet häufig im Span-

nungsverhältnis zwischen Mutter, Vater und Stiefelternteil eine Erklärung, die jedenfalls die Annahme einer „gröblichen“ Pflichtverletzung ausschließt (vgl OLG Stuttgart Justiz 1972, 316; FINGER FuR 1990, 183, 187; außerdem oben Rz 25). Soweit die Judikatur dennoch eine Ersetzung der Einwilligung zuläßt, wird diese im allg mit der summarischen Auflistung verschiedenartiger Pflichtverletzungen begründet, insbes damit, daß der Vater sowohl vor als auch nach der Scheidung keinen Unterhalt bezahlt hat und sich nicht um das Kind kümmert (OLG Köln DAVorm 1979, 361, 362; LG Kleve DAVorm 1970, 315, 316; AG Kerpen DAVorm 1981, 885; AG Homburg DAVorm 1976, 160; AG Tübingen FamRZ 1973, 321, 322; AG Hamburg DAVorm 1966, 335, 336), sich ins Ausland abgesetzt hat (OLG Köln DAVorm 1979, 361, 362) oder infolge von Strafhaft nicht in der Lage ist, Kontakte zu pflegen bzw die erforderlichen Geldmittel für den Kindesunterhalt aufzubringen (LG Kleve DAVorm 1970, 315, 316; AG Homburg DAVorm 1976, 160 f).

- 46 Wird eine gröbliche Pflichtverletzung (oder Gleichgültigkeit) festgestellt, so scheidet eine Ersetzung der Einwilligung im allg daran, daß dem Kind das Unterbleiben der Annahme nicht zu einem **unverhältnismäßigen Nachteil** gereicht; denn an den konkreten Lebensumständen des Kindes ändert eine Adoption nur wenig. Daß das Kind mit dem Stiefelternteil einen **zuverlässigeren Unterhaltsschuldner** erhält, reicht allein zur Annahme eines unverhältnismäßigen Nachteils nicht aus (BayObLG FamRZ 1989, 429, 430 = ZfJ 1989, 210, 212 = MDR 1988, 1058; BayObLGZ 1978, 105, 112 = StAZ 1979, 13, 16; KG OLGZ 1969, 235, 237 = FamRZ 1969, 171; **aA** offenbar MünchKomm-LÜDERITZ Rz 18; OLG Köln DAVorm 1979, 361, 363), ebenso wenig, daß mit der Adoption der **Name des Stiefvaters** (BayObLG FamRZ 1989, 429, 430 = ZfJ 1989, 210, 212 = MDR 1988, 1058; OLG Frankfurt OLGZ 1979, 40, 42; OLG Stuttgart Justiz 1972, 316 f; OLG Braunschweig FamRZ 1964, 323, 324 = DAVorm 1965, 102, 103; LG Tübingen DAVorm 1968, 140, 142; LG Heilbronn DAVorm 1968, 16, 17; AG Tübingen FamRZ 1973, 321, 322) oder dessen **Staatsangehörigkeit** (BayObLGZ 1978, 105, 112 = StAZ 1979, 13, 16; OLG Frankfurt OLGZ 1979, 40, 42) erworben werden soll. Auch die **Erlangung eines gesetzl Erbrechts** nach dem Stiefvater rechtfertigt keinesfalls die Bejahung eines unverhältnismäßigen Nachteils (KG OLGZ 1969, 235, 237 = FamRZ 1969, 171). Im Einzelfall mögen allerdings – jenseits aller konkreten rechtl Vorteile – **geistig-seelische Interessen des Kindes** dessen volle rechtl Eingliederung in die Stieffamilie besonders nahelegen. Insg fällt auf, daß in fast allen Entscheidungen, in denen die Ersetzung der Einwilligung des nichtsorgeberechtigten Elternteils abgelehnt wurde, stereotyp darauf abgehoben wird, daß das Kind auch ohne Adoption wohlbehütet bei seiner leibl Mutter und dem Stiefvater aufwachsen werde (BayObLG FamRZ 1989, 429, 430 = ZfJ 1989, 210, 212 = MDR 1988, 1058; BayObLGZ 1978, 105, 112 = StAZ 1979, 13, 16; OLG Frankfurt OLGZ 1979, 40, 42; OLG Braunschweig FamRZ 1964, 323, 324 = DAVorm 1965, 102, 103; LG Tübingen DAVorm 1968, 140, 142; LG Heilbronn DAVorm 1968, 16, 17), während in den Entscheidungen, die sich für eine Ersetzung aussprachen, summarisch die positiven rechtl Veränderungen sowie die mehr im psychischen Bereich liegenden günstigen Voraussetzungen für eine gedeihliche Entwicklung des Kindes hervorgehoben werden (OLG Köln DAVorm 1979, 361, 363; LG Kleve DAVorm 1970, 315, 316 f; AG Kerpen DAVorm 1981, 885, 886; AG Homburg DAVorm 1976, 160, 161; AG Tübingen FamRZ 1973, 321, 322; AG Hamburg DAVorm 1966, 335, 337). Richtigerweise wird man **nur in seltenen Fällen eine Ersetzung** der Einwilligung gutheißen können, wenn nämlich der zur Ermittlung des unverhältnismäßigen Nachteils erforderliche Abwägungsprozeß ergibt, daß einer ungewöhnlich schweren anhaltenden Pflichtverletzung oder einer krassen Gleichgültigkeit auf der einen Seite ein gegenüber dem Fortbestand des bloßen Stiefkindverhältnisses ungewöhn-

lich großer Vorteil infolge der Adoption auf der anderen Seite gegenübersteht. Diese Auslegung ist geboten, will man der Ansicht des BVerfG gerecht werden, daß nämlich eine Adoption gegen den Willen der leibl Eltern nur zulässig ist, „um die infolge des Versagens der Eltern bereits eingetretene oder drohende Gefahr für eine gesunde Entwicklung des Kindes abzuwenden“ (BVerfGE 24, 119, 146 = NJW 1968, 2233, 2236 = FamRZ 1968, 578, 584).

Für die **Adoption nichtehel Stiefkinder** gelten ähnliche Überlegungen wie für die **47** Annahme ehel Stiefkinder (vgl dazu FRANK 79f). Da jedoch dem Vater eines nichtehel Kindes nach der verfehlten Regelung des § 1747 (vgl dort Rz 11) kein Einwilligungsrecht zusteht, kommt auch eine Ersetzung der Einwilligung nach § 1748 nicht in Betracht. Der Wille des Vaters eines nichtehel Kindes ist bei der Stiefkindadoption unerheblich. Auch die Bestimmung des § 1747 Abs 2 S 2, die dem Vater ein „Prae“ vor anderen Adoptionsbewerbern einräumt, hilft im Sonderfall der Stiefkindadoption nicht weiter, weil hier die Mutter nicht bereit ist, ihre Elternrechte preiszugeben. Zum Anhörungsrecht des Vaters eines nichtehel Kindes bei einer angestrebten Stiefkindadoption vgl § 1747 Rz 14 iVm Rz 50.

d) Faktische Bindungen contra Blutsverwandtschaft

48

Besondere Probleme bei der Anwendung des § 1748 wirft in der Praxis die vielfach festgestellte **lange Verfahrensdauer im Instanzenzug** auf (vgl etwa ARNDT-SCHWEITZER ZBIJugR 1974, 201; OBERLOSKAMP ZBIJugR 1980, 581, 597; MünchKommLÜDERITZ Rz 16; ERMAN-HOLZHAUER Rz 4). Führt das Fehlverhalten der Eltern zur Trennung vom Kind und zu dessen Unterbringung in einer Pflegefamilie, so wächst in dem Maß, in dem sich das Kind in der Pflegefamilie zuhause fühlt, auch der Nachteil, den das Unterbleiben der Adoption und dadurch bedingt der Verlust der Pflegestelle für das Kind bedeutet. Gleichwohl ist in der Praxis die Tendenz zu beobachten, daß die Instanzgerichte (LG, OLG) von der Ersetzungsmöglichkeit restriktiver Gebrauch machen als die Richter der 1. Instanz (OBERLOSKAMP FamRZ 1973, 286, 288 f; ARNDT-SCHWEITZER ZBIJugR 1974, 201, 206; OBERLOSKAMP ZBIJugR 1980, 581, 597).

Schwierigkeiten ergeben sich auch, wenn **die Pflichtverletzung des Elternteils schon 49** **längere Zeit zurückliegt** und das Adoptionsverfahren erst geraume Zeit später eingeleitet wird oder das Verfahren sich verzögert. Hat die anhaltend gröbliche Pflichtverletzung zur Trennung des Kindes von den Eltern geführt, so ist die Ersetzung jedenfalls zulässig, wenn auf die Periode der gröblichen Pflichtverletzung eine noch andauernde Periode der Gleichgültigkeit folgt (BayObLG FamRZ 1988, 871, 872 = ZfJ 1988, 569, 570 f; ERMAN-HOLZHAUER Rz 8). Problematischer sind die Fälle, in denen den Eltern nach der durch ihr Fehlverhalten ausgelösten Trennung vom Kind kein weiterer Pflichtverstoß zum Vorwurf gemacht werden kann, sei es, daß sie den ihnen verbliebenen Pflichten (Unterhalts-, Besuchspflicht) nachkommen, sei es, daß eine Pflichtverletzung schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil den Eltern – trotz ernsthaften Bemühens – der Aufenthaltsort des Kindes nicht bekanntgegeben wird. Hat das Kind in der Pflegefamilie neue, feste Bindungen entwickelt und jeden Bezug zu den leibl Eltern verloren, so erscheint es kaum angängig, die Adoption allein an der zeitlichen Verzögerung des Verfahrens scheitern zu lassen (so aber offenbar OLG Hamm ZfJ 1984, 364, 370; LG Kiel DAVorm 1978, 384, 385). Abzulehnen ist auch die Ansicht, daß mindestens in den letzten 6 Monaten des von der Tatsacheninstanz zu beurteilenden Zeitraums Pflichtverstöße kontinuierlich vorhanden gewesen sein müssen (so aber SOERGEL-ROTH-STIELOW [11. Aufl] Rz 9) bzw zwischen der Pflichtverletzung und dem Zeitpunkt des Ersetzungsverfahrens allgemein ein naher zeitlicher Zusammenhang bestehen muß (so

aber AG Königstein ZfJ 1989, 212, 215). Ist das Kind infolge der Trennung den leibl Eltern völlig entfremdet und eine Herausnahme aus der vertrauten Umgebung oder ein Verlust der jetzigen Bezugspersonen ohne erhebliche Nachteile für das Kind nicht mehr möglich, so können diese Folgen der anhaltend gröblichen Pflichtverletzung der Eltern nicht mehr rückgängig gemacht werden. Die Ersetzung ist deshalb auch dann als zulässig anzusehen, wenn die Eltern ihr Fehlverhalten nunmehr ernstlich einsehen oder neuerdings in geordneten Verhältnissen leben und auch bereit und in der Lage sind, das Kind bei sich aufzunehmen (BayObLGZ 1974, 413, 420 = FamRZ 1976, 234, 239; FamRZ 1982, 1129, 1131 = ZBJugR 1983, 230, 234; OLG Hamm OLGZ 1976, 434, 435 = FamRZ 1976, 462, 465; FamRZ 1977, 415, 420 = StAZ 1977, 282, 287; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 13).

- 50** Fast noch problematischer sind die Fälle, in denen das Fehlverhalten der Eltern zum Sorgerechtsentzug und zur **Unterbringung des Kindes in einer Pflegefamilie** geführt hat, **ohne daß die Voraussetzungen für eine Ersetzung nach § 1748 vorgelegen haben**, wobei allerdings das JugA diese Voraussetzungen falsch beurteilt hat. Kommt der Elternteil den ihm verbliebenen Restpflichten (vgl oben Rz 21) nach und bemüht er sich um Kontakt zu dem Kind oder zeigt er auf andere Weise Interesse an dessen Schicksal, so kann ihn weder der Vorwurf einer gröblichen Pflichtverletzung noch der Gleichgültigkeit treffen. Entwickelt das Kind in der Folgezeit intensive Bindungen zur Pflegefamilie und gehen die leibl Eltern als Bezugspersonen völlig verloren (was insbes bei Unterbringung in einer anonymen Pflegefamilie leicht der Fall sein kann), so bietet § 1632 Abs 4 dem Kind zwar einen weitgehenden Schutz vor einer sein Wohl gefährdenden Herausnahme aus der Pflegefamilie. Ob aber dem Anspruch des Kindes auf rechtl Klarheit und Sicherheit seiner Beziehungen zu den Pflegeeltern (vgl dazu oben Rz 43) auch dann, wenn der Elternteil die erforderliche Einwilligung zu der im Interesse des Kindeswohls gebotenen Adoption verweigert, durch die Ersetzung der Einwilligung Rechnung getragen werden kann, ist fraglich. Verschiedentlich wird die Ansicht vertreten, allein in dem Umstand, daß der Elternteil einsichtslos auf seinen Elternrechten beharre, ohne auf die infolge der längeren Fremdunterbringung erfolgte anderweitige Bindung des Kindes Rücksicht zu nehmen, liege eine gröbliche, die Ersetzung rechtfertigende Pflichtverletzung (BGB-AK-FIESELER Rz 6; vgl auch MünchKomm-LÜDERITZ Rz 19; OLG Karlsruhe FamRZ 1983, 1058, 1060; aA OLG Köln FamRZ 1990, 1152, 1153 = DAVorm 1990, 808, 809; vgl auch oben Rz 21). Dem ist entgegenzuhalten, daß der Elternteil für die Verwurzelung des Kindes in der Pflegefamilie zwar eine Mitursache gesetzt hat, die Entfremdung des Kindes vom Elternteil aber entscheidend auf das Eingreifen Dritter, insbes des JugA zurückzuführen ist, das den Abbruch der Beziehungen des Elternteils zum Kind forciert hat, möglicherweise sogar mit dem Ziel, die Entscheidung über die Ersetzung der Einwilligung zu präjudizieren (OLG Hamm ZfJ 1984, 364, 367; FamRZ 1976, 462, 467 m krit Anm Bosch; AG Königstein ZfJ 1989, 212 nebst DIV-Gutachten ZfJ 1988, 338). Das BVerfG (FamRZ 1988, 807) verneint in solchen Fällen einen verfassungsrechtl Anspruch des Kindes auf Ersetzung der Einwilligung des Elternteils. Die Lage des betroffenen Kindes ist mißlich. Zwar ist es **durch § 1632 Abs 4 vor der Herausnahme aus der Pflegefamilie weitgehend geschützt**, seine Einbindung in die Pflegefamilie aber ist, da es nicht ohne die Einwilligung des Elternteils adoptiert werden kann, nur unvollständig. GAWLITTA (FamRZ 1988, 807, 808) bemängelt die fehlende Abstimmung zwischen § 1632 Abs 4 einerseits und den Ersetzungsgründen des § 1748 andererseits. Die Rechtsordnung respektiere in § 1632 Abs 4 die Verwurzelung des Kindes in der Pflegefamilie und nehme damit in Kauf, daß die Elternrechte ihrer Substanz nach verlorengehen. GAWLITTA schlägt deshalb vor, de lege ferenda einen Ersetzungsgrund zu schaffen, der es erlaubt, die

Einwilligung auch dann zu ersetzen, wenn wegen neuer gewachsener Bindungen das Pflegekind nicht mehr an die leibl Eltern herausgegeben werden muß. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden: § 1632 Abs 4 geht nicht von einer auf Dauer angelegten Trennung des Kindes von seinen Eltern aus („wenn und solange“). Aufgabe der Gerichte und Jugendämter kann deshalb im Falle des § 1632 Abs 4 nur sein, Vorkehrungen zu treffen, damit das Kind möglichst bald wieder seinen Eltern zurückgegeben werden kann.

5. Besonders schwere Pflichtverletzung

51

Nach Abs 1 S 2 kann die elterl Einwilligung in die Adoption auch ersetzt werden, wenn die Pflichtverletzung zwar nicht anhaltend, aber besonders schwer ist und das Kind voraussichtlich dauernd nicht mehr der Obhut des Elternteils anvertraut werden kann. Die Tatbestandsalternative der „besonders schweren Pflichtverletzung“ ist an die Stelle des Ersetzungsgrundes der „Verwirkung der elterlichen Sorge“ nach früherem Recht (§ 1676 aF) getreten, der bei der Reform des Adoptionsrechts als zu schematisch empfunden wurde und sich auch als unzureichend erwiesen hatte (vgl BT-Drucks 7/421, 8).

Im Verhältnis zum Merkmal der „anhaltend gröblichen Pflichtverletzung“ drückt die „besonders schwere Pflichtverletzung“ ein gravierenderes Fehlverhalten aus, wobei eine exakte Abgrenzung schwierig ist. Maßgebend ist, ob das Fehlverhalten von solchem Gewicht ist, daß dem Kind auch ohne die in Abs 1 S 1 vorausgesetzte Dauer des Fehlverhaltens erhebliche Nachteile drohen (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 20). Es muß ein besonders schweres vollständiges Versagen des Elternteils in seiner Verantwortung gegenüber dem Kind vorliegen (BayObLG NJW-RR 1990, 776, 777 = ZfJ 1990, 477, 479 = MDR 1990, 631 = FamRZ 1990, 799 [LS]). Unter Abs 1 S 2 fallen vor allem **Straftaten gegen das Kind** (zB Sittlichkeitsdelikte, schwere Körperverletzungen, auch seelische Mißhandlungen) bzw ein Fehlverhalten, das einem kriminellen Vergehen gleichkommt (BayObLG NJW-RR 1990, 776 = ZfJ 1990, 477, 478 = MDR 1990, 631 = FamRZ 1990, 799 [LS]; FamRZ 1984, 417, 419; FamRZ 1984, 937, 939; OLG Köln FamRZ 1982, 1132; OLG Hamm FamRZ 1976, 462, 465). Ob es in der Folge auch tatsächlich zu einer Verurteilung und Bestrafung des Elternteils kommt, ist unerheblich (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 20).

Wer den andern Elternteil tötet, begeht auch gegenüber dem Kind eine besonders schwere Pflichtverletzung, wenn die Tat konkrete und schwerwiegende Auswirkungen für das Kind hat (BayObLGZ 1978, 105, 109 = StAZ 1979, 13, 15; FamRZ 1984, 937, 939; LG Essen DAVorm 1979, 521, 525; vgl auch BayObLG DAVorm 1981, 131, 137), nicht aber schon, wer den Liebhaber des anderen Elternteils aus Eifersucht tötet und sodann das Kind entführt, ohne das Sorgerecht zu haben (BayObLGZ 1978, 105, 110f = StAZ 1979, 13, 15). Zur Kindesentziehung durch den nicht sorgeberechtigten Elternteil s oben Rz 19. Allg zur Pflichtverletzung gegenüber dem Kind durch Straftaten des Elternteils gegen Dritte vgl oben Rz 18).

Die Ersetzung der Einwilligung erfordert die **Prognose**, daß das Kind infolge der Verfehlungen des Elternteils **voraussichtlich dauernd nicht mehr dessen Obhut anvertraut werden kann**. Abzustellen ist dabei auf Art und Schwere der Pflichtverletzung, die Persönlichkeit des Elternteils sowie die mögliche Gefahr weiterer Pflichtverletzungen (BT-Drucks 7/421, 8). Die Ersetzung der Einwilligung ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Kind auf Dauer bei Verwandten untergebracht werden kann. Gerade in Fällen, in denen der Elternteil eine besonders schwere Pflichtverletzung begangen hat, ist oft damit zu rechnen, daß diese weiter auf das Kind einwirkt, solange es in der ihm vertrauten Umgebung verbleibt und die

Möglichkeit störender Einflußnahme des Elternteils nicht auszuschließen ist (OBERLOSKAMP ZBlJugR 1980, 581, 593; Münch-Komm-LÜDERITZ Rz 21). Im übrigen gelten auch insoweit die oben Rz 44 aufgezeigten Erwägungen.

55 6. Besonders schweres geistiges Gebrechen

Mit § 1748 Abs 3 ist ein Ersetzungsgrund eingeführt worden, der nicht an ein dem einwilligungsberechtigten Elternteil zurechenbares Verhalten, sondern an objektive Gründe anknüpft. Ist dem Elternteil kein Vorwurf zu machen, so stellt die **Ersetzung der Einwilligung** eine besondere, **nur in Ausnahmefällen zumutbare Härte** dar. Der mit der Ersetzung verbundene Eingriff in das Elternrecht ist nur gerechtfertigt, wenn dem Schutzbedürfnis des Kindes ein höheres Gewicht beizumessen ist als dem Elternrecht (zur verfassungsrechtl Problematik vgl oben Rz 8). Dabei ist zu beachten, daß nach der Wertung des Gesetzes auch ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter grundsätzlich als erziehungsfähig anzusehen ist (vgl § 1673 Abs 2). Abs 3 stellt strenge, scharf umgrenzte Voraussetzungen für die Ersetzung der Einwilligung auf. Sie ist nur zulässig, wenn der Elternteil infolge besonders schwerer geistiger Gebrechen zur Pflege und Erziehung des Kindes dauernd unfähig ist und das Kind bei Unterbleiben der Annahme nicht in einer Familie aufwachsen könnte und dadurch in seiner Entwicklung schwer gefährdet wäre.

Der Begriff des „geistigen Gebrechens“ ist § 1910 Abs 2 entnommen, der bei der Auslegung herangezogen werden kann (BT-Drucks 7/421, 11; näher BEECK-WUTTKE NJW 1968, 1165). Gebrechen ist danach eine mit anhaltender, wenn auch heilbarer Schwächung der geistigen Kräfte verbundene Störung der Gesundheit (BayObLGZ 1977, 148, 151 f = Rpfleger 1977, 303, 304). Der Begriff ist funktional zu verstehen und nach dem Zweck der Vorschrift auszulegen; ein besonders schweres geistiges Gebrechen iS v Abs 3 ist nur dann zu bejahen, wenn die **Störung** der geistigen Gesundheit des Elternteils **kausal für seine Erziehungsunfähigkeit ist**, was im Einzelfall unter Berücksichtigung von Art und Auswirkungen des geistigen Gebrechens festgestellt werden muß (BayObLGZ 1977, 148, 152 = Rpfleger 1977, 303, 304; StAZ 1977, 254, 256 f; FamRZ 1984, 201, 202). Dies ist dann der Fall, wenn eine erhebliche geistige oder seelische Anomalie den Elternteil zur Pflege und Erziehung des Kindes selbst dann dauernd unfähig macht, wenn er – unter Berücksichtigung des Entwicklungsstandes des Kindes – auch nicht mit **Hilfe Dritter** dessen Betreuung übernehmen (OLG Hamm DAVorm 1978, 364, 378) und wenn er für etwaige Mißgriffe bei der Ausübung der elterl Sorge nicht verantwortlich gemacht werden könnte (BayObLGZ 1977, 148, 152 = Rpfleger 1977, 303, 304). Erziehungsunfähigkeit im dargestellten Sinne ist idR anzunehmen bei manischen Depressionen und anderen Störungen, die zu einer erheblichen Unausgeglichenheit führen, uU auch bei Geisteschwäche (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 22). Eine exakte medizinisch-diagnostische Einordnung des Gebrechens ist aber nicht erforderlich (BayObLG FamRZ 1984, 201, 202). Der Umstand, daß der Elternteil nur einzelnen Betreuungs- und Erziehungsaufgaben nachkommen kann, hindert nicht die Annahme einer (umfassenden) Erziehungsunfähigkeit (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 19). Zu berücksichtigen ist aber die mit zunehmendem Lebensalter **gewachsene Selbständigkeit des Kindes** (LG Mannheim DAVorm 1985, 723, 725). Ist der Elternteil infolge Geisteskrankheit geschäftsunfähig, so bedarf es seiner Einwilligung nicht (§ 1747 Abs 4 Alt 1). Zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs von § 1747 Abs 4 und § 1748 Abs 3 vgl § 1747 Rz 39.

- 56** Nach dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** darf die Einwilligung des Elternteils nur ersetzt werden, wenn die Adoption erforderlich ist, um eine bereits eingetretene oder drohende Gefahr für eine gesunde Kindesentwicklung abzuwenden, und

mildere Mittel zu diesem Zweck nicht ausreichen (BVerfGE 24, 119, 146 = NJW 1968, 2233, 2236 = FamRZ 1968, 578, 584). Abs 3 konkretisiert das Verhältnismäßigkeitsprinzip dahin, daß die Ersetzung bei Erziehungsunfähigkeit nur zulässig ist, wenn das Kind ohne die Annahme nicht in einer Familie aufwachsen könnte und dadurch in seiner Entwicklung schwer gefährdet wäre. Die Ersetzung der Einwilligung kommt sonach nicht in Betracht, **wenn das Kind auf Dauer beim anderen Elternteil, bei Verwandten, Stief- oder Pflegeeltern** („in einer Familie“) **aufwachsen kann** (BayObLGZ 1977, 148, 153 = Rpfleger 1977, 303, 304; StAZ 1977, 254, 257; OLG Hamm DAVorm 1978, 364, 373; FINGER FuR 1990, 183, 191). Vor der Entscheidung über den Ersetzungsantrag sind im Hinblick darauf eingehende Nachforschungen anzustellen (OLG Hamm DAVorm 1978, 364, 374 ff). Die vom OLG Karlsruhe (FamRZ 1990, 94, 95 f m zust Anm GAWLITTA = DAVorm 1990, 383, 385 ff = Justiz 1990, 401 f = ZfJ 1990, 381 [LS]) vorgenommene Übertragung der Wertung, daß ein unverhältnismäßiger Nachteil iS v Abs 1 S 1 auch dann zu bejahen sein könne, wenn das Kind auch bei Unterbleiben der Annahme keinen Verlust der Pflegestelle zu befürchten habe (s dazu oben Rz 43), auf Abs 3 widerspricht dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung und verkennt die durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip gezogenen engen Grenzen bei unverschuldeter Erziehungsunfähigkeit des Elternteils. Müßte das Kind ohne eine Adoption in einem Heim aufwachsen (zB weil geeignete Pflegeeltern bzw zur Erziehung bereite Verwandte nicht zur Verfügung stehen oder zur Aufnahme des Kindes nur bereit sind, wenn sie es auch adoptieren können, vgl BayObLG StAZ 1977, 254, 257), so ist die Ersetzung zulässig, wenn das Kind durch den Heimaufenthalt in seiner Entwicklung schwer gefährdet wäre. Dies wird bei Kleinkindern wegen der Gefahr frühkindlicher Schädigungen durch Hospitalismus stets zu bejahen sein. Anders, wenn es sich um ein älteres, in seiner Entwicklung bereits gefestigtes Kind handelt oder wenn das Kind wegen eigener Gebrechen am besten von Fachkräften in einem Heim betreut wird (BT-Drucks 7/421, 11; BayObLGZ 1977, 148, 153 = Rpfleger 1977, 303, 304).

Besteht eine Gefährdung des Kindeswohls infolge körperlicher oder leichterer geistiger Gebrechen, so kommen nur Schutzmaßnahmen nach den §§ 1666 ff in Betracht.

Art 1 Nr 25 des **BtG** v 12. 9. 1990 (BGBl I 2002) sieht mit Wirkung v **1. 1. 1992** die **57** Ersetzung der Worte „besonders schweres geistiges Gebrechen“ durch die Worte **„einer besonders schweren psychischen Krankheit oder einer besonders schweren geistigen oder seelischen Behinderung“** vor. Durch diese Änderung soll dem Wegfall des § 1910 Rechnung getragen und eine Anpassung an den Sprachgebrauch des § 1896 nF bewirkt werden (BT-Drucks 11/4528, 108). Als **psychische Krankheiten** sind anzusehen: Körperlich nicht begründbare (endogene) Psychosen; seelische Störungen als Folge von Krankheiten oder Verletzungen des Gehirns, von Anfallsleiden oder von anderen Krankheiten oder körperlichen Beeinträchtigungen (körperlich begründbare – exogene – Psychosen); Abhängigkeitskrankheiten (Alkohol- und Drogenabhängigkeiten); Neurosen und Persönlichkeitsstörungen (Psychopathien). **Geistige Behinderungen** sind angeborene oder frühzeitig erworbene Intelligenzdefekte verschiedener Schweregrade. Als **seelische Behinderungen** sind bleibende psychische Beeinträchtigungen anzusehen, die Folge von psychischen Krankheiten sind (vgl BT-Drucks 11/4528, 116). Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Ersetzung der Einwilligung bei Vorliegen einer der genannten psychischen, geistigen oder seelischen Defekte gelten die Ausführungen unter Rz 55 entsprechend.

V. Verfahren

58 1. Allgemeines

Über die Ersetzung der Einwilligung ist in einem gesonderten Verfahren zu entscheiden, und zwar entweder isoliert vor Einreichung des Annahmeantrags (wobei die Annehmenden bereits feststehen müssen, vgl oben Rz 41) oder nach gestelltem Annahmeantrag in einem sog „**Zwischenverfahren**“. Das Ersetzungsverfahren muß rechtskräftig abgeschlossen sein, ehe das VormG die Annahme als Kind aussprechen kann (OLG Celle DAVorm 1978, 383).

59 2. Zuständigkeit

Zuständig ist das VormG am Wohnsitz des Annehmenden oder eines der annehmenden Ehegatten. Fehlt es an einem Wohnsitz im Inland, so ist auf den Aufenthalt abzustellen (§ 43 b Abs 2 FGG). Maßgebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des Ersetzungsantrags. Die Abgabe des Verfahrens nach § 46 FGG ist möglich (BayObLGZ 1983, 210 = FamRZ 1984, 203). Funktionell zuständig ist der Richter (§ 14 Nr 3 f RPflG). Näheres zur Zuständigkeit bei § 1752 Rz 8 ff.

60 3. Antrag

Das Verfahren setzt einen **Antrag des Kindes** voraus (Abs 1 S 1). Für das geschäftsunfähige oder noch nicht 14 J alte Kind handelt dessen **gesetzl Vertreter**. Sind bereits Maßnahmen nach den §§ 1666 ff getroffen, wird dies idR der Vormund oder Pfleger sein. Ist der Elternteil, dessen Einwilligung ersetzt werden soll, bzw dessen Ehegatte noch gesetzl Vertreter, liegt idR ein erheblicher **Interessenwiderstreit** vor, der die Entziehung der Vertretungsmacht des Elternteils in dieser Angelegenheit (§§ 1629 Abs 2 S 3, 1796 Abs 2) und die Übertragung auf einen Ergänzungspfleger (§ 1909) ermöglicht. Verfehlt ist die Ansicht, daß der Elternteil bereits kraft Ges (§§ 1629 Abs 2 S 1, 1795 Abs 2, 181) auch hinsichtlich der Einleitung des Verfahrens von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist. Der gesetzl Ausschluß des Vertretungsrechts betrifft nur die Vertretung im Verfahren selbst (dazu ausf FRANK FamRZ 1985, 966 mwNachw). Die gesetzl **Amtspflegschaft** für das nichtehel Kind (§ 1706 Nr 1) umfaßt **nicht** die Vertretungsmacht für einen Antrag, die Einwilligung der Mutter in die Adoption zu ersetzen (BayObLGZ 1990, 145, 149 = FamRZ 1990, 1150, 1151 f = Rpfleger 1990, 417, 418; **aA** noch BayObLG DAVorm 1981, 131, 135; LG Ravensburg DAVorm 1975, 56; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 25; SOERGEL-LIERMANN Rz 24; FINGER FuR 1990, 183, 191), da die Amtspflegschaft ihrem Sinn und Zweck nach nicht nur dem Schutz des Kindes dient, sondern auch an den Interessen der Mutter ausgerichtet ist und insoweit ein Interessengegensatz besteht. Es bedarf daher in einem solchen Fall der Anordnung einer Pflegschaft nach § 1909 Abs 1 S 1.

61 Das 14jährige, nicht geschäftsunfähige Kind kann den Ersetzungsantrag **analog § 59 FGG selbst stellen** und bedarf hierzu nicht der Zustimmung seines gesetzl Vertreters (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 25; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 23; OLG Hamm FamRZ 1976, 462, 463 = DAVorm 1976, 513, 514; **aA** ERMAN-HOLZHAUER Rz 24; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2 c; GERNHUBER § 62 VI Fn 16 unter Heranziehung von § 1746 Abs 1 S 3, der allerdings von einem materiellrechtl Zustimmungserfordernis ausgeht, während hier eine Verfahrenshandlung zur Diskussion steht; vgl

dazu Vorauf § 1747 Rz 51). Dem gesetzl Vertreter bleibt es aber unbenommen, neben dem Kind für dieses einen Ersetzungsantrag zu stellen (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 23).

4. Verfahrensgegenstand

62

Gegenstand des Verfahrens ist die **Ersetzung der Einwilligung in die Adoption schlechthin**, nicht etwa nur, ob ein bestimmter Ersetzungsgrund erfüllt ist. Das Gericht hat daher von Amts wegen zu prüfen, ob einer der Ersetzungsgründe des § 1748 vorliegt, und ist an die Begründung des Antrags nicht gebunden (BayObLG FamRZ 1982, 1129, 1131 = ZBlJugR 1983, 230, 232; FamRZ 1984, 201, 202). Der Ersetzungsantrag bedarf nicht einmal notwendigerweise einer Begründung. Verfahrensgegenstand ist aber stets die Ersetzung der Einwilligung in eine bestimmte Adoption durch einen konkreten, bereits feststehenden Annehmenden (vgl oben Rz 41). Bei einer Inkognitoadoption ist dem durch die Angabe objektiver Unterscheidungsmerkmale (zB der Nummer, unter der die Annehmenden bei der Adoptionsvermittlungsstelle geführt werden) im Tenor des Ersetzungsbeschlusses Rechnung zu tragen (LG München II DAVorm 1980, 119, 127 f).

5. Verfahrensgang

63

Der **Elternteil**, dessen Einwilligung ersetzt werden soll, ist als Verfahrensbeteiligter **persönlich zu hören** (§ 50 a Abs 1 S 1, 2 FGG), selbst wenn ihm das Sorgerecht nicht zusteht (§ 50 a Abs 2 FGG). Die Anhörung dient dabei nicht nur der Gewährung rechtl Gehörs (Art 103 Abs 1 GG), sondern auch der nach § 12 FGG gebotenen umfassenden Sachaufklärung (BayObLG FamRZ 1984, 935, 936; FamRZ 1984, 936, 937). Das persönliche Erscheinen ist notfalls mit den Mitteln des § 33 FGG zu erzwingen (BayObLG FamRZ 1984, 201, 202; FamRZ 1984, 936, 937). Die **Anhörungspflicht** nach den §§ 12, 50 a FGG **erstreckt sich auch auf den anderen Elternteil** (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 24).

Das **Kind** ist nach Maßgabe der §§ 55 c iVm 50 b Abs 1, Abs 2 S 1, Abs 3 FGG **persönlich zu hören**. Das 14jährige, nicht geschäftsunfähige Kind ist danach grds persönlich anzuhören. Ein Absehen von der Anhörung aus schwerwiegenden Gründen (§ 50 b Abs 3 FGG) ist nicht nur dann zulässig, wenn durch die Anhörung das Kind aus seinem seelischen Gleichgewicht gebracht würde und eine Beeinträchtigung seines Gesundheitszustandes zu besorgen wäre, sondern auch dann, wenn das Kind schon aus tatsächlichen Gründen keine Bindung und Neigung zu den Eltern oder einem Elternteil entwickeln konnte (BayObLG FamRZ 1988, 871, 873).

Der **gesetzl Vertreter** des Kindes ist **zu hören**, wenn der Antrag des Kindes zurückgewiesen werden soll (BayObLG FamRZ 1984, 201, 202). Im Katalog des § 49 Abs 1 Nr 1 FGG idF d KJHG (entspricht inhaltlich § 48 a Abs 1 JWG) ist die Beteiligung des **JugA** im Ersetzungsverfahren nicht vorgeschrieben (aA Münch-Komm-LÜDERITZ Rz 27). Seine Anhörung erscheint jedoch wegen § 12 FGG (vgl auch § 49 Abs 1 Nr 1 lit m FGG idF KJHG) unerlässlich (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 24). Bei einer angestrebten Inkognitoadoption ist auch im Ersetzungsverfahren das Inkognito zu wahren. Es genügt, wenn die Lebensverhältnisse der bereits feststehenden Annehmenden (vgl § 1747 Rz 25) bekannt sind.

Erachtet das Gericht die Ersetzungsvoraussetzungen für gegeben, so hat es die Ersetzung durch Beschluß auszusprechen. Der Beschluß wird gem § 53 Abs 1 S 2 FGG erst **mit der Rechtskraft wirksam**.

66 6. Rechtsbehelfe

Wird der Antrag auf Ersetzung **abgelehnt**, steht (nur) dem Kind hiergegen die **einfache Beschwerde** zu (§§ 19, 20 Abs 2 FGG; BayObLG FamRZ 1984, 935). **Gegen den die Ersetzung aussprechenden Beschluß** kann der Elternteil, dessen Einwilligung ersetzt wurde, mit der **sofortigen Beschwerde** (§§ 53 Abs 1 S 2, 60 Abs 1 Nr 6 FGG) vorgehen, selbst wenn er nicht voll geschäftsfähig ist (BayObLGZ 1977, 148, 150). Eine Aufhebung des Beschlusses nach den §§ 1760 ff kommt daneben nicht in Betracht. Auch **im Beschwerdeverfahren** besteht grds **die Pflicht zur persönlichen Anhörung der Eltern und des Kindes** nach den §§ 50 a, 50 b FGG. Auf eine (nochmalige) Anhörung kann ausnahmsweise nur dann verzichtet werden, wenn gegenüber dem Ausgangsverfahren weder neue Tatsachen vorgetragen sind noch eine Änderung rechtl Gesichtspunkte eingetreten ist (BayObLG FamRZ 1984, 935, 936) noch der eingetretene Zeitablauf eine erneute Anhörung gebietet (vgl BayObLG MDR 1981, 230, 231). Führt die sofortige Beschwerde des Elternteils zur **Aufhebung des Ersetzungsbeschlusses**, steht dem Kind hiergegen die **sofortige weitere Beschwerde** offen (§ 29 Abs 2 FGG).

§ 1749

Zur Annahme eines Kindes durch einen Ehegatten allein ist die Einwilligung des anderen Ehegatten erforderlich. Das Vormundschaftsgericht kann auf Antrag des Annehmenden die Einwilligung ersetzen. Die Einwilligung darf nicht ersetzt werden, wenn berechnigte Interessen des anderen Ehegatten und der Familie der Annahme entgegenstehen.

Zur Annahme eines Verheirateten ist die Einwilligung seines Ehegatten erforderlich.

Die Einwilligung des Ehegatten ist nicht erforderlich, wenn er zur Abgabe der Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist.

BT-Drucks 7/3061, 38 f; BT-Drucks 7/5087, 13 f.

Systematische Übersicht

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte 1

II. Einwilligung des Ehegatten des Annehmenden (Abs 1)

1. Anwendungsbereich 2
2. Interessenlage 3
3. Einwilligung 4
4. Entbehrlichkeit der Einwilligung (Abs 3)
5
5. Ersetzung der Einwilligung 6

III. Einwilligung des Ehegatten des Anzunehmenden (Abs 2)

1. Anwendungsbereich und Interessenlage
11
2. Einwilligung – Entbehrlichkeit der Einwilligung 13
3. Keine Ersetzung der Einwilligung 14

IV. Mängel der Einwilligung 15

V. Beteiligung sonstiger Familienangehöriger des Annehmenden 16

1 I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

Schon § 1746 Abs 1 aF hatte vorgesehen, daß ein Verheirateter „nur mit Einwilligung seines Ehegatten an Kindes Statt annehmen oder angenommen werden“ kann. Dem Wesen der Ehe als einer umfassenden Lebensgemeinschaft (§ 1353) entspricht es, daß das Ges die Adoption durch einen Ehegatten allein von der Einwilligung des

anderen abhängig macht (so schon Mot IV 961). Entsprechendes gilt, wenn der verheiratete Angenommene in ein Kindschaftsverhältnis zum Annehmenden tritt.

Die **Reform v 1976** hat – von sprachlichen Änderungen abgesehen – gegenüber § 1746 aF nur insofern eine Neuerung gebracht, als Abs 1 S 2 u 3 nunmehr erstmals vorsieht, daß die Einwilligung des Ehegatten des Annehmenden ersetzt werden kann.

Die **praktische Bedeutung** v § 1749 ist **gering**, weil § 1741 Abs 2 S 2 u 3 die Annahme durch einen Ehegatten allein ohnehin nur ausnahmsweise gestattet, und die Annahme eines bereits verheirateten Minderjährigen einen schon fast theoretischen Sonderfall darstellt. § 1749 gilt allerdings auch für die Annahme Volljähriger (§ 1767 Abs 2).

II. Einwilligung des Ehegatten des Annehmenden (Abs 1)

1. Anwendungsbereich

2

Nach § 1741 Abs 2 S 2 u 3 kann ein Verheirateter **nur in 3 Fällen** ein Kind allein annehmen, nämlich,

(1) **wenn er sein eigenes nichtehel Kind adoptiert** (§ 1741 Abs 2 S 2). Handelt es sich um die Annahme des nichtehel Kindes durch seine Mutter, so erlischt durch die Adoption das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zu seinem Vater und zu dessen Verwandten (§ 1754 Abs 2). An den Rechtsbeziehungen zwischen Kind und Mutter ändert sich indessen nichts (Näheres § 1741 Rz 46 u § 1754 Rz 10), ebensowenig an den Rechtsbeziehungen zwischen Kind und Stiefvater, die vor der Adoption in gleicher Weise verschwägert waren, wie sie es nach der Adoption weiterhin sind (§ 1590 Abs 1). Handelt es sich um die Adoption des nichtehel Kindes durch seinen Vater, so erlischt in entsprechender Weise das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zu seiner Mutter und deren Verwandten. Außerdem ändern sich die personen- und vermögensrechtl Beziehungen zwischen Kind und Vater (Näheres § 1741 Rz 47 u § 1754 Rz 10). An der bereits vor der Adoption bestehenden Schwägerschaft zwischen Kind und Stiefmutter ändert jedoch die Adoption auch hier nichts;

(2) **wenn er das ehel oder nichtehel Kind seines Ehegatten annimmt** (§ 1741 Abs 2 S 2). Durch eine solche Adoption erlangt das Kind die rechtl Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Ehegatten (§ 1754 Abs 1). Das Einwilligungserfordernis des § 1749 Abs 1 S 1 hat hier im allg keine selbständige Bedeutung, weil der Ehegatte ohnehin als leibl Elternteil gem § 1747 (ggf auch als gesetzl Vertreter des Kindes gem § 1746) einwilligen muß. In der Einwilligung nach § 1747 ist dann die Einwilligung nach § 1749, ggf auch die nach § 1746 mit enthalten (SOERGEL-LIERMANN Rz 1; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1; vgl auch § 1746 Rz 11). Adoptiert allerdings die Ehefrau das nichtehel Kind ihres Ehemannes, so ist wegen der verfehlten Regelung des § 1747 (vgl dort Rz 10, 11) dessen Einwilligung in seiner Eigenschaft als leibl Elternteil nicht erforderlich, so daß insoweit § 1749 Abs 1 durchaus selbständige Bedeutung behält;

(3) **wenn sein Ehegatte ein Kind nicht annehmen kann, weil er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist** (§ 1741 Abs 2 S 3). Ist der nicht adoptierende Ehegatte geschäftsunfähig, so ist seine Einwilligung nach Abs 3 nicht erforderlich. Ist er beschränkt geschäftsfähig, so kommt mit Inkrafttreten des BtG v 12. 9. 1990 (BGBl I 2002) am 1. 1. 1992 entgegen dem Gesetzeswortlaut eine Adoption durch den anderen Ehegatten allein nicht mehr in Betracht (§ 1741 Rz 31).

3 2. Interessenlage

Wie sich aus der Darstellung des Anwendungsbereichs ergibt, **reduziert sich die praktische Bedeutung des § 1749 Abs 1 auf die Adoption des eigenen nichtehel Kindes**. Bei der Stiefkindadoption wirft § 1749 selbst dann keine besonderen Probleme auf, wenn die Ehefrau das nichtehel Kind ihres Mannes annimmt (oben Rz 2), weil Stiefkindadoptionen als ergänzende Adoptionen immer nur denkbar sind, wenn sie von beiden Ehepartnern gewünscht werden.

Bei der Adoption des eigenen nichtehel Kindes ändert sich an der rechtl Stellung des Kindes zum Ehegatten des Annehmenden überhaupt nichts. Dieser ist mit dem Kind schon vor der Adoption verschwägert und bleibt es auch danach. Denkbar ist nur, daß das Kind infolge der Adoption als Familiennamen den Geburtsnamen des nicht annehmenden Ehepartners erhält und infolgedessen nach außen als dessen Kind in Erscheinung tritt. Entscheidend für das in § 1749 statuierte Einwilligungserfordernis sind jedoch auch nicht so sehr evtl rechtl Auswirkungen der Adoption auf den nicht annehmenden Ehegatten als vielmehr die aus der Adoption resultierenden Veränderungen im persönlichen Bereich, die ein Ehegatte nicht gegen seinen Willen soll hinnehmen müssen (§ 1353).

4 3. Einwilligung

Die Einwilligung des Ehegatten ist erforderlich, wenn beim Ausspruch der Annahme (§ 1752) die Ehe besteht. Ob die Eheleute vorübergehend oder dauernd getrennt leben, ob die Ehe für nichtig erklärt, aufgehoben oder geschieden werden könnte, spielt keine Rolle. Für den Fall, daß der Ehegatte zur Abgabe der Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist, vgl nachfolgende Rz. Zur Form der Einwilligungserklärung, zu ihrem Wirksamwerden, den Erklärungsadressaten uam vgl § 1750.

5 4. Entbehrlichkeit der Einwilligung (Abs 3)

Ist der Ehegatte des Annehmenden zur Abgabe der Erklärung dauernd außerstande oder ist sein Aufenthalt dauernd unbekannt, so ist seine Einwilligung nach Abs 3 nicht erforderlich. Die Regelung entspricht § 1747 Abs 4 und war fast wörtlich schon in § 1746 Abs 2 aF enthalten. Wichtigster Fall dauernder Verhinderung an der Abgabe der Erklärung ist die **Geschäftsunfähigkeit**. Vgl im übrigen die Hinw zu § 1747 Abs 4, die entsprechend gelten.

6 5. Ersetzung der Einwilligung

Vor der Reform v 1976 war kritisiert worden, daß § 1746 aF eine Ersetzung der Einwilligung des Ehegatten unter keinen Umständen erlaubte (vgl ENGLER 67 u Vorauf § 1746 Rz 13). Abs 1 S 2 sieht nunmehr die Möglichkeit der Ersetzung vor, **ohne indessen die Voraussetzungen der Ersetzung zu präzisieren**. Abs 1 S 3 bestimmt lediglich, daß die Einwilligung nicht ersetzt werden darf, wenn „berechtigten Interessen des anderen Ehegatten und der Familie“ der Annahme entgegenstehen. In den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks 7/3061, 39) wird auf die **entsprechende Regelung des § 1727 Abs 2** verwiesen, wo jedoch für die Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters gegen den Willen seiner Ehefrau zusätzlich gefordert wird, daß „die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben“ ist. Im übrigen bestehen auch bei der Auslegung von § 1727 Abs 2 einige Unklarheiten (vgl STAUDINGER-GÖPPINGER § 1727 Rz 10–18).

Abs 1 S 2 u 3 verstößt nicht schon deshalb gegen Art 6 Abs 1 GG, weil das vom 7 Ehegatten als „lästiger Eindringling“ angesehene Kind den Ehefrieden und Ehebestand gefährdet (so aber ROTH-STIELOW Rz 1). Es stehen eben doch zu verschiedenartige Interessen von Kind, Annehmendem und Ehegatten auf dem Spiel, die es gegeneinander abzuwägen gilt. Berechtigt ist jedenfalls das Interesse des nicht einwilligenden Ehegatten nicht schon dann, wenn er irgend einen sachlich vertretbaren Grund benennen kann, der gegen die Adoption spricht (so aber ROTH-STIELOW Rz 2 ua mHinz auf die Unverträglichkeit von Kinderlärm).

Im einzelnen wird zu unterscheiden sein: **Leben die Eheleute nicht getrennt**, kommt 8 eine Ersetzung nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht, weil die Adoption sich allg nachhaltig auf das tatsächliche familiäre Zusammenleben auswirkt. Etwas anderes mag dann gelten, wenn das Kind bereits im Haushalt des Annehmenden lebt und die Adoption für den Ehegatten keine rechtl oder tatsächlichen Änderungen bewirkt, was etwa dann der Fall ist, wenn die sorgeberechtigte Mutter ihr vorehel Kind adoptieren will, ohne daß der Ehemann Gefahr läuft, in stärkerem Maße als bisher faktisch zu Unterhaltsleistungen für das durch die Adoption vatlos werdende Kind herangezogen zu werden (so auch OBERLOSKAMP 131 f; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4; ERMAN-HOLZHAUER Rz 6). **Leben die Eheleute getrennt**, so kommt eine Adoption, wenn der die Einwilligung verweigernde Ehegatte an der Wiederherstellung der ehel Lebensgemeinschaft nicht interessiert ist, eher in Betracht, zB auch dann, wenn der Vater sein nichtehel Kind adoptieren und in die Familie aufnehmen will. Hier kann das Interesse des Kindes an einem neuen Zuhause sowie das Interesse des Vaters an dem nur durch Ehelicherklärung oder Adoption zu erlangenden elterl Sorgerecht schwerer wiegen als die im Hinblick auf eine ungewisse ehel Zukunft geäußerten Bedenken der Ehefrau (so auch ERMAN-HOLZHAUER Rz 6).

Verweigert der Ehegatte „ohne berechnigte Interessen“ die Einwilligung, so muß 9 immer noch geprüft werden, ob die Adoption unter den gegebenen Umständen überhaupt dem **Wohl des Kindes** dient (§ 1741 Abs 1). Auch eine böswillige, schikanöse Verweigerung der Einwilligung kann Anlaß sein, die Adoption als dem Kindeswohl nicht dienend anzusehen.

Unklar bleibt, was Abs 1 S 3 mit den dort ebenfalls angesprochenen **Interessen „der 10 Familie“** meint. Die Regelung entspricht der des § 1727 Abs 2, ist dort aber ebenfalls ungeklärt (vgl MünchKomm-LÜDERITZ § 1749 Rz 6 bei Fn 13). Richtig dürfte es wohl sein, in dem Verbindungswort „und“ (nicht „oder“) einen Appell zu sehen, die Interessen des Ehegatten nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit denen anderer Familienmitglieder zu würdigen (so BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5). Zur „Familie“ nur die ehel Kinder zu zählen (so GERNHUBER § 62 VII 1 u MünchKomm-LÜDERITZ Rz 6), deren Interessen ohnehin in § 1745 geschützt werden, erscheint zu eng. Man wird auf die konkreten faktischen familiären Gegebenheiten abstellen müssen. Schließlich zählt das BVerfG zur Familie auch die in der Familiengemeinschaft lebenden nichtehel Kinder, Stief- und Pflegekinder und übt vorsichtige Zurückhaltung bei der Frage, ob die Familienbindung zwischen Großeltern und Enkelkind dem verfassungsrechtl Familienbegriff unterfällt (Hinz bei SCHWAB Rz 15).

III. Einwilligung des Ehegatten des Anzunehmenden (Abs 2)

1. Anwendungsbereich und Interessenlage

11

Die Vorschrift hat für die **Minderjährigenadoption** nur geringe praktische Bedeutung. Sie gilt jedoch auch für die **Annahme Volljähriger** (§ 1767 Abs 2), obwohl im Falle der Volljährigenadoption der Ehegatte des Angenommenen nach § 1770

Abs 1 S 2 nicht mit dem Annehmenden verschwägert wird (anders bei der Minderjährigenadoption, § 1754 Abs 2).

- 12 Dem Grundgedanken der ehel Lebensgemeinschaft entspricht es, daß ein Ehegatte sich nur mit Einwilligung seines Ehepartners von einem Dritten als Kind annehmen läßt. IdR werden Annehmender und Anzunehmender keine häusliche Gemeinschaft begründen, so daß der Ehegatte des Anzunehmenden insoweit nicht oder jedenfalls nicht besonders intensiv durch die Annahme betroffen wird. Auch die (mittelbaren) rechtl Auswirkungen der Adoption auf den Ehegatten halten sich bei der Minderjährigen- und Volljährigenadoption in Grenzen: Denkbar ist, daß sich das gesetzl Erbrecht des Ehegatten verschlechtert, wenn nämlich die Ehe kinderlos ist und vor der Adoption weder Verwandte der 2. Ordnung noch Großeltern vorhanden waren (§ 1931 Abs 1 u 2). Der Unterhaltsanspruch des Ehegatten wird durch die Annahme nicht berührt (§ 1609 Abs 2). Die namensrechtl Wirkungen der Adoption hängen von der Zustimmung des Ehegatten ab: War der ursprüngl Geburtsname des Angenommenen gleichzeitig Ehe-name, so ändert sich dieser mit Wirkung für den Ehegatten und ggf die gemeinsamen Kinder nur dann, wenn dieser bei der Einwilligung der Namensänderung zugestimmt hat (§ 1757 Abs 1 S 3).

13 2. Einwilligung – Entbehrlichkeit der Einwilligung

Für die Einwilligung gilt das oben Rz 4 Gesagte. Die Einwilligung ist nicht erforderlich, wenn der Ehegatte zur Abgabe der Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt unbekannt ist (Abs 3, vgl oben Rz 5).

14 3. Keine Ersetzung der Einwilligung

Der RegE (BT-Drucks 7/3061, 5 u 39) hatte ursprüngl die Möglichkeit, die Einwilligung des Ehegatten des Anzunehmenden zu ersetzen, in gleicher Weise vorgesehen wie die Ersetzung der Einwilligung des Ehegatten des Annehmenden. Der RAussch (BT-Drucks 7/5087, 19) sprach sich jedoch mit Erfolg für eine Streichung der Ersetzungsmöglichkeit aus, weil dadurch „der Keim für das Scheitern der Ehe gelegt werden (könnte)“. Obwohl die Annahme eines Verheirateten auf dessen Ehegatten nur geringe Auswirkungen hat, erscheint die Regelung vertretbar, weil auf der anderen Seite ein dringendes Bedürfnis für die Annahme des bereits Volljährigen oder fast Volljährigen idR nicht besteht.

15 IV. Mängel der Einwilligung

Fehlt die Einwilligung des Ehegatten, ist sie unwirksam oder mit Willensmängeln behaftet, oder ist das VormG zu Unrecht von der Entbehrlichkeit der Einwilligung ausgegangen, so ist die dennoch ausgesprochene Adoption (§ 1752) wirksam. Eine **Aufhebung** des Annahmeverhältnisses ist in § 1760 Abs 1 **nicht vorgesehen**. Hinter dem Interesse des Kindes am Fortbestand der Adoption sollen die Interessen des Ehegatten zurücktreten.

16 V. Beteiligung sonstiger Familienangehöriger des Annehmenden

Außer dem Ehegatten sind weitere Familienangehörige des Annehmenden am Zustandekommen der Adoption nicht beteiligt. Jedenfalls sieht das Ges keine weiteren Einwilligungsrechte vor. Aus § 1745 wird man allerdings ein Anhörungsrecht der Kinder des Annehmenden ableiten müssen (vgl dort Rz 22), das jedoch weiteren Verwandten des Annehmenden nicht zusteht, auch nicht den künftigen Großeltern des Kindes (vgl auch § 1752 Rz 17).

Vor allem gegen die Nichtbeteiligung der **Adoptivgroßeltern** am Annahmeverfahren wurden Bedenken geäußert, weil der Grundsatz der Volladoption dazu führt, daß ihnen unterhalts- und pflichtteilsberechtigten Enkel gegen ihren Willen aufgezogen werden (SCHELD DRiZ 1976, 45 u FamRZ 1975, 326; BISCHOF Jur Büro 1976, 1569, 1575; BINSCHUS ZfF 1976, 193, 200). Es wäre sicher verfehlt, wollte man die Lösung des geltenden Rechts mit dem oberflächlichen Hinw verteidigen, daß Großeltern sich auch nicht gegen die Geburt natürlicher Enkelkinder zur Wehr setzen können, und daß Großeltern durch die Adoption nicht nur Pflichten, sondern auch Rechte erwachsen (so aber BT-Drucks 7/5087, 15). Die Regelung läßt sich nur durch die besonderen Interessen der Eltern und vor allem des Kindes an einer vollständigen Eingliederung in die neue Familie auch gegen den Willen einzelner Familienangehöriger rechtfertigen (FRANK 248; GERNHUBER § 62 VII 3; Münch-Komm-LÜDERITZ Rz 11, 12). Würde man den Großeltern ein Einwilligungs- oder Anhörungsrecht zuerkennen, so könnten auch andere Verwandte ähnliches fordern, weil auch ihre Rechtsstellung – wenn auch in erheblich geringerem Maße als die der Großeltern – durch die Adoption tangiert wird (so auch BT-Drucks 7/5087, 15). Schließlich sollte man nicht übersehen, daß Großeltern auch in anderem Zusammenhang Enkelkinder akzeptieren müssen, ohne daß blutsverwandtschaftliche Beziehungen bestehen (Ehebruchskinder, falsche Vaterschaftsanerkennung, heterologe künstliche Insemination, Auseinanderfallen von genetischer und gebärender Mutter im Falle der „Eispende“ oder „Leihmutterschaft“).

§ 1750

Die Einwilligung nach §§ 1746, 1747 und 1749 ist dem Vormundschaftsgericht gegenüber zu erklären. Die Erklärung bedarf der notariellen Beurkundung. Die Einwilligung wird in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Vormundschaftsgericht zugeht.

Die Einwilligung kann nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erteilt werden. Sie ist unwiderruflich; die Vorschrift des § 1746 Abs. 2 bleibt unberührt.

Die Einwilligung kann nicht durch einen Vertreter erteilt werden. Ist der Einwilligende in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf seine Einwilligung nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Die Vorschriften des § 1746 Abs. 1 Satz 2, 3 bleiben unberührt.

Die Einwilligung verliert ihre Kraft, wenn der Antrag zurückgenommen oder die Annahme versagt wird. Die Einwilligung eines Elternteils verliert ferner ihre Kraft, wenn das Kind nicht innerhalb von drei Jahren seit dem Wirksamwerden der Einwilligung angenommen wird.

BT-Drucks 7/3061, 39 f; BT-Drucks 7/5087, 14.

Systematische Übersicht

I. Entstehungsgeschichte 1	V. Notarielle Beurkundung (Abs 1 S 2) 9
II. Rechtsnatur der Einwilligung 3	VI. Bedingungsfeindlichkeit (Abs 2 S 1) 10
III. Erklärungsadressat (Abs 1 S 1) 4	VII. Unwiderruflichkeit (Abs 2 S 2) 12
IV. Wirksamwerden der Einwilligung (Abs 1 S 3) 6	VIII. Höchstpersönlichkeit (Abs 3) 14
	IX. Erlöschen der Einwilligung (Abs 4) 16

1 I. Entstehungsgeschichte

§ 1750 betrifft gleichermaßen die **Einwilligung des Kindes (§ 1746), der Eltern (§ 1747) und des Ehegatten (§ 1749)**. Vor der Reform v 1976 bedurfte es keiner besonderen Einwilligung des Kindes, weil zum Zustandekommen der Adoption ohnehin ein Vertrag zwischen Annehmendem und Kind erforderlich war (§ 1741 aF).

- 2 Die Einwilligung der Eltern und des Ehegatten war schon **nach altem Recht (§ 1748) in ähnl Weise geregelt**, wie das heute der Fall ist: Die Einwilligung bedurfte der notariellen Beurkundung (§ 1748 Abs 3 aF); sie konnte nicht durch einen Vertreter erteilt werden (§ 1748 Abs 2 aF); sie war unwiderruflich (§ 1748 Abs 1 HS 2 aF); sie konnte nach allgM nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erteilt werden (vgl VoraufI § 1748 Rz 2). Erklärungsadressat waren die Vertragsschließenden oder das für die Bestätigung des Annahmevertrags zuständige Gericht (§ 1748 Abs 1 HS 1 aF). Nach neuem Recht ist Erklärungsadressat nur noch das VormG, weil mit dem Wegfall des Annahmevertrags auch die Vertragsparteien als Empfänger ausgeschieden sind. Die Regelung, daß die Einwilligung in dem Zeitpunkt wirksam wird, in dem sie dem VormG zugeht (§ 1750 Abs 1 S 3), stellt gegenüber dem früheren Rechtszustand keine Änderung dar. Sie dient lediglich der Klarstellung, weil die Frage nach altem Recht nicht ganz unstrittig war (RegE BT-Drucks 7/3061, 39; VoraufI § 1748 Rz 5). Neu, wenn auch ohne große praktische Relevanz, ist die Regelung des Abs 4.

3 II. Rechtsnatur der Einwilligung

Nach dem Übergang vom Vertrags- zum Dekretsystem wird die Einwilligung nach §§ 1746, 1747, 1749 allg als „eine im materiellen Familienrecht normierte **verfahrensrechtliche Handlung** im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ qualifiziert (BGH NJW 1980, 1746, 1747 = FamRZ 1980, 675, 676 = LM § 1746 Nr 1 = DAVorm 1980, 474, 475; BayObLG FamRZ 1981, 93, 94; OLG Hamm OLGZ 1987, 129, 133 f = NJW-RR 1987, 260, 261 = Rpfleger 1987, 65; OLGZ 1978, 405, 409 = NJW 1979, 49, 50 = FamRZ 1978, 945, 947; LG Berlin FamRZ 1977, 660, 661; BRÜGGEMANN FamRZ 1977, 656, 658; LÜDERITZ NJW 1976, 1865, 1869 [4 c]; HABSCHIED § 49 III 3; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 1; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 21). Eine Mindermeinung sieht in der Einwilligung nach wie vor ein **einseitiges Rechtsgeschäft** des privaten Rechts (GERNHUBER § 62 V 7; ERMAN-HOLZHAUER Rz 2). Die Streitfrage ist ohne erkennbare praktische Bedeutung. Sie wäre von Belang, wenn die Wirksamkeit, insbes die Anfechtbarkeit der Einwilligung nicht für die Aufhebung des Annahmeverhältnisses ohnehin spezialgesetzl in § 1760 Abs 2 geregelt wäre (so auch BGB-RGRK DICKESCHIED Rz 1). Der Wechsel vom Vertrags- zum Dekretsystem stellt jedenfalls keinen überzeugenden Grund dar, um die ehemals als materiellrechtl Willenserklärungen qualifizierten Einwilligungserklärungen nunmehr als reine Verfahrenshandlungen anzusehen (vgl zur rechtl Qualifizierung des Antrags der Annehmenden § 1752 Rz 4).

4 III. Erklärungsadressat (Abs 1 S 1)

Erklärungsadressat ist das **VormG**. **Örtlich zuständig** ist das VormG, in dessen Bezirk der Annehmende seinen Wohnsitz oder Aufenthalt hat (§ 43 b Abs 2 HS 1 FGG). Die Zuständigkeitsregelung des § 43 b FGG erfaßt nicht nur den Ausspruch der Annahme (§ 1752), sondern alle Verrichtungen im Zusammenhang mit der Annahme eines Kindes und damit insbes auch die Entgegennahme der Einwilli-

gungserklärungen iS v § 1750. Näheres zur Zuständigkeitsregelung des § 43 b FGG bei § 1752 Rz 8. **Maßgebender Zeitpunkt** für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit ist derjenige, „in dem der Antrag oder eine Erklärung eingereicht wird“ (§ 43 b Abs 2 HS 2 FGG). Ist das örtlich zuständige VormG einmal mit einer Adoptionsangelegenheit befaßt, so berührt die spätere Änderung von Wohnsitz oder Aufenthalt die Zuständigkeit des VormG für diese oder weitere Verrichtungen in der gleichen Adoptionsangelegenheit nicht (Grundsatz der **perpetuatio fori**; vgl KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 43 b FGG Rz 16). Zur Frage, ob die **Einwilligungserklärung** auch wirksam wird, wenn sie **einem örtlich unzuständigen Gericht zugeht**, vgl unten Rz 8.

§ 43 b FGG setzt nicht voraus, daß der Annahmeantrag dem zuständigen VormG **5** vor den Einwilligungserklärungen vorliegt. „Annehmende“ iS v § 43 b FGG sind deshalb Adoptionsbewerber auch vor der Stellung des Annahmeantrags, sofern sich die beim VormG eingehende notariell beurkundete Einwilligungserklärung auf sie bezieht (OLG Hamm OLGZ 1987, 129 = NJW-RR 1987, 260 = Rpfleger 1987, 65; KG OLGZ 1982, 129 = FamRZ 1981, 1111; BayObLGZ 1977, 193 = FamRZ 1978, 65). Bei einer angestrebten Inkognito-Adoption genügt es, wenn die Annehmenden mit einer Listennummer der Adoptionsvermittlungsstelle bezeichnet sind. Den Eltern des ehel oder der Mutter des nichtehel Kindes muß im Falle einer Inkognitoadoption das zuständige Gericht von der Adoptionsvermittlungsstelle mitgeteilt werden. Zweckmäßiger und in der Praxis üblich ist es indessen, die Einwilligungserklärung über die Adoptionsvermittlungsstelle dem zuständigen VormG zuzuleiten. Da die Einwilligungserklärung erst wirksam wird, wenn sie dem VormG zugeht (Abs 1 S 3), und bis zu diesem Zeitpunkt widerrufen werden kann (§ 130 Abs 1 S 2), erscheint die Praxis mancher Adoptionsvermittlungsstellen, Einwilligungserklärungen erst nach Monaten „bei Bedarf“ beim VormG einzureichen, in hohem Maße bedenklich (vgl AG Kamen DAVorm 1980, 45 m krit Anm DICKMEIS; OVG Saarlouis DAVorm 1982, 905). Die Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung idF v 1988 (unter 8.211 Abs 4) weisen zutr darauf hin, daß die Adoptionsvermittlungsstelle darauf zu achten hat, „daß die elterliche Einwilligung unverzüglich bei dem Vormundschaftsgericht eingereicht wird, damit sie verbindlich und unwiderruflich wird“.

IV. Wirksamwerden der Einwilligung (Abs 1 S 3)

6

Die Einwilligung wird erst in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem VormG zugeht (Abs 1 S 3). Die Regelung dient der Klarstellung, weil mit der Einwilligung das elterl Sorgerecht ruht (§ 1751 Abs 1 S 1) und der Beginn des Ruhens sicher feststellbar sein muß (RegE BT-Drucks 7/3061, 39).

Es genügt, wenn dem VormG anstelle der Urschrift eine **Ausfertigung** der notariellen Einwilligungsurkunde zugeht (§ 47 BeurkG). Nicht ausreichend ist hingegen der Zugang einer **beglaubigten Abschrift** (BayObLGZ 1978, 384 = StAZ 1979, 122; OLG Hamm OLGZ 1982, 161 = NJW 1982, 1002 = Rpfleger 1982, 66; OLGZ 1987, 129, 134 = NJW-RR 1987, 260, 261 = Rpfleger 1987, 65; DIV-Gutachten DAVorm 1986, 500, 502).

Obwohl die Einwilligungserklärung allg als Verfahrenshandlung und nicht als **7** Willenserklärung des privaten Rechts verstanden wird (vgl oben Rz 3), werden für Abgabe und Zugang der Erklärung die für Willenserklärungen entwickelten Grundsätze des bürgerlichen Rechts, insbes § 130 angewandt (OLG Hamm NJW-RR 1987, 260, 261 = Rpfleger 1987, 65). Das bedeutet: Die Einwilligungserklärung wird nicht wirksam, wenn dem VormG vorher oder gleichzeitig ein **Widerruf** zugeht

(§ 130 Abs 1 S 2). Der Widerruf bedarf nicht der für die Einwilligungserklärung vorgeschriebenen Form (BayObLGZ 1978, 384, 390 = StAZ 1979, 122, 124; OLG Hamm OLGZ 1982, 161, 164 = NJW 1982, 1002, 1003 = Rpfleger 1982, 66, 67). Wird die notarielle Einwilligungserklärung durch den beurkundenden Notar, das JugA oder eine Adoptionsvermittlungsstelle als Übermittlungsboten **weisungswidrig dem VormG zugeleitet**, so fehlt es bereits an der wirksamen Abgabe der Erklärung (OLG Hamm OLGZ 1987, 129 = NJW-RR 1987, 260 = Rpfleger 1987, 65).

- 8 Fraglich ist, ob die Einwilligung auch dann wirksam wird, wenn sie einem **örtlich unzuständigen Gericht zugeht**. Nach § 7 FGG sind „gerichtliche Handlungen“ nicht aus dem Grunde unwirksam, weil sie vor einem örtlich unzuständigen Gericht vorgenommen sind. Inwieweit diese Bestimmung für die bloße Entgegennahme von Erklärungen gilt, ist str (Nachw bei KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 7 FGG Rz 3f). Einigkeit besteht darüber, daß eine Erklärung unwirksam ist, wenn das Gericht die Entgegennahme ablehnt oder die Erklärung sofort zurückgibt (BASSENGE-HERBST § 7 FGG Anm 1 b aa; BUMILLER-WINKLER § 7 FGG Anm 1 a; KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 7 FGG Rz 4; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 2). Erkennt das Gericht seine Unzuständigkeit nicht, oder erkennt es sie und bleibt es dennoch untätig, so muß die Erklärung als wirksam angesehen werden, weil fehlerhaftes Verhalten des Gerichts nicht zu Lasten der Beteiligten gehen darf (KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 7 FGG Rz 5 u 7 mHinsw auch auf abw Ansichten). Gibt das unzuständige Gericht von Amts wegen pflichtgemäß die Erklärung an das zuständige weiter, so ist sie nach hA schon vom Zeitpunkt der Einreichung beim unzuständigen Gericht an wirksam (KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 7 FGG Rz 6), nach der zutr Mindermeinung erst ab Eingang beim zuständigen Gericht (SOERGEL-LIERMANN Rz 3; offengelassen in KG OLGZ 1982, 129, 131 = FamRZ 1981, 1111).

9 V. Notarielle Beurkundung (Abs 1 S 2)

Die Einwilligungserklärung bedarf der notariellen Beurkundung (Abs 1 S 2). Der Erklärende soll von einer neutralen Person über die Tragweite seiner Erklärung belehrt, unüberlegte oder übereilte Erklärungen sollen vermieden werden (vgl RegE BT-Drucks 7/3061, 40). Das VormG soll sicher sein, daß eine einwandfreie Erklärung vorliegt (§ 17 Abs 1 BeurkG). Daß die entscheidenden vorbereitenden Gespräche von Fachkräften der Adoptionsvermittlungsstelle und nicht vom Notar geführt werden (vgl Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung idF v 1988 unter 3.2), stellt die Richtigkeit der Regelung, die sich in der Praxis als eine Art zusätzliche Kontrolle auswirkt, nicht in Frage (krit allerdings MünchKomm-LÜDERITZ Rz 3). Die einwilligenden Eltern werden überdies durch die Notwendigkeit eines Notartermins besonders nachdrücklich auf die Tragweite ihrer Entscheidung hingewiesen.

Keiner notariellen Beurkundung bedarf die Zustimmung des gesetzl Vertreters zur Einwilligung des Kindes nach § 1746 Abs 1 S 3 HS 2. Näheres dazu § 1746 Rz 31.

10 VI. Bedingungsfeindlichkeit (Abs 2 S 1)

Die Einwilligung kann nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erteilt werden (Abs 2 S 1). Entsprechend bestimmt § 1752 Abs 2 S 1, daß auch der Antrag des Annehmenden nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung gestellt werden kann. Gleiches galt schon vor der Reform v 1976, obwohl es diesbzgl in § 1748 aF an einer ausdrücklichen gesetzl Bestimmung fehlte (vgl VoraufI § 1748 Rz 2). Allerdings sah § 1742 aF vor, daß „die Annahme an Kindes Statt nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen“ kann, während heute § 1752

für den Annahmebeschuß eine entsprechende, weil überflüssige Klarstellung nicht mehr enthält. In der Sache hat jedenfalls die Reform v 1976 keine Änderung gebracht.

Keine unzulässige Bedingung, sondern eine **zulässige Beschränkung** liegt vor, wenn **11** die Einwilligung davon abhängig gemacht wird, daß der Annehmende bestimmte objektivierbare Voraussetzungen in einem bestimmten Zeitpunkt (idR dem des Annahmebeschlusses) erfüllt, zB was Religionszugehörigkeit, Nationalität, Beruf angeht. Näheres dazu unter § 1747 Rz 24. Entsprechendes gilt, schon wegen des Verbots der Blankoeinwilligung, wenn sich die Mutter mit der Annahme ihres nichtehel Kindes durch Dritte einverstanden erklärt, nicht aber durch den Vater des Kindes (vgl § 1747 Rz 24).

Eventualeinwilligungen, die für den Fall erteilt werden, daß das zunächst vorgesehene Annahmeverhältnis nicht zustande kommt, sind zulässig (Näheres § 1747 Rz 22). Bedenken bestehen gegen **Alternativeinwilligungen**, bei denen der Einwilligungsberechtigte sein Einverständnis mit der Adoption durch mehrere Bewerber erklärt und der Adoptionsvermittlungsstelle die Auswahl überläßt (Näheres § 1747 Rz 23). Zu einem Unterhaltsabfindungsvertrag (§ 1615 e) im Zusammenhang mit einer angestrebten Adoption durch den Stiefvater vgl DIV-Gutachten ZfJ 1990, 37, 41.

VII. Unwiderruflichkeit (Abs 2 S 2)

12

Die Einwilligung ist unwiderruflich (Abs 2 S 2 HS 1). Diese Regelung gilt gem Abs 1 S 1 nicht nur für die Einwilligungserklärung der Eltern des ehel oder der Mutter des nichtehel Kindes (§ 1747), sondern auch für die Einwilligung des geschäftsunfähigen oder noch nicht 14 Jahre alten Kindes (§ 1746 Abs 1 S 2) und die des Ehegatten (§ 1749). Dagegen kann das Kind, welches das 14. Lebensjahr vollendet hat und nicht geschäftsunfähig ist und deshalb gem § 1746 Abs 1 S 3 nur selbst die Einwilligung erklären kann, die Einwilligung bis zum Wirksamwerden des Ausspruchs der Annahme gegenüber dem VormG widerrufen (Abs 2 S 2 HS 2 iVm § 1746 Abs 2 S 1). Näheres dazu unter § 1746 Rz 26–28. Der Grundsatz der Unwiderruflichkeit gilt auch nicht für die nach § 1746 Abs 1 S 3 HS 2 erforderliche Zustimmung des gesetzl Vertreters zur Einwilligung des mindestens 14 Jahre alten nicht geschäftsunfähigen Kindes. Näheres dazu unter § 1746 Rz 29–32.

Die Unwiderruflichkeit setzt voraus, daß die **Einwilligung** wirksam geworden ist, was erst dann der Fall ist, wenn sie gem Abs 1 S 3 **dem VormG zugegangen** ist. Näheres dazu oben Rz 6–8.

Die Einwilligung kann wegen Geschäftsunfähigkeit nichtig oder wegen Irrtums, 13 arglistiger Täuschung oder Drohung anfechtbar sein (OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1095, 1096; OLG Hamm OLGZ 1987, 129, 132 = NJW-RR 1987, 260, 261; OLG Frankfurt FamRZ 1981, 206, 207; SOERGEL-LIERMANN Rz 9). Das folgt zwingend aus § 1760 Abs 2 und hat mit der Diskussion um die Rechtsnatur der Einwilligungserklärung nichts zu tun (s oben Rz 3). **Nach dem Ausspruch der Annahme** kann die Unwirksamkeit der Einwilligung allerdings nur nach Maßgabe der §§ 1759 ff, insbes des § 1760 Abs 2 zu einer Aufhebung des Annahmeverhältnisses führen. Fraglich ist, ob die eingeschränkte Berücksichtigung von Willensmängeln im Aufhebungsverfahren (vgl dazu § 1760 Rz 15) auch bedeutet, daß sich die Wirksamkeit der Einwilligung bereits **vor Erlaß des Adoptionsdekrets** nach eben diesen in § 1760 Abs 2 normierten Kriterien beurteilt. Die Frage wurde bislang kaum diskutiert, kann aber durchaus praktische Bedeutung erlangen. So hat etwa das OLG Düsseldorf (FamRZ 1988, 1095, 1096) für einen Fall, in dem die Annahme

noch nicht ausgesprochen worden war, die Frage aufgeworfen, ob die Einwilligung der Kindesmutter „wegen inhaltlicher Mängel (§ 138 BGB)“ nichtig war, obwohl nach § 1760 Abs 2 derartige Mängel für ein evtl Aufhebungsverfahren irrelevant wären. In ähnlicher Weise könnte man sich fragen, ob der Irrtum über die Unwiderruflichkeit der Einwilligung, der nach § 1760 Abs 2 keinen Aufhebungsgrund darstellt, wegen § 119 Abs 1 geeignet ist, das Zustandekommen einer Adoption zu verhindern. Das BGB unterscheidet deutlich zwischen Voraussetzungen der Adoption einerseits und Aufhebung der Adoption wegen fehlender Voraussetzungen andererseits. Daß die §§ 1769 ff im allg und § 1760 Abs 2 im besonderen die Aufhebung eines Annahmeverhältnisses nur in engen Grenzen zulassen, kann nicht bedeuten, daß ein Adoptionsbeschluß ergehen muß, obwohl eine Einwilligungserklärung mit einem Mangel behaftet ist, der nach allg Grundsätzen des bürgerlichen Rechts rechtserheblich ist (unklar SOERGEL-LIERMANN Rz 9; inzidenter BVerfGE 78, 201, 205 = MDR 1988, 831 f = DAVorm 1988, 689, 691; aA MünchKommLÜDERITZ Rz 16; OLG Frankfurt FamRZ 1981, 206, 207; LG Frankenthal DAVorm 1981, 489, 491). Es ist auch kein Grund einzusehen, warum insoweit die Reform v 1976 den früheren Rechtszustand (vgl dazu Voraufll § 1755; BayObLG FRES 4 [1980] 119) hätte ändern sollen. Jedenfalls sollte auch die Entscheidung dieser Frage nicht mit der Diskussion um die Rechtsnatur der Einwilligungserklärung (oben Rz 3) belastet werden.

Vor Erlaß des Adoptionsdekrets kann **über die Wirksamkeit der Einwilligung in einem selbständigen Verfahren entschieden** werden, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob bereits ein Annahmeantrag gestellt wurde oder nicht (Näheres dazu unter § 1752 Rz 21; vgl auch § 1746 Rz 24).

14 VIII. Höchstpersönlichkeit (Abs 3)

Die Einwilligungen nach den §§ 1746, 1747, 1749 sind höchstpersönlich; **Stellvertretung ist ausgeschlossen** (Abs 3 S 1). Nur für das geschäftsunfähige oder noch nicht 14 Jahre alte Kind wird die Einwilligung vom gesetzl Vertreter (Abs 3 S 3 iVm § 1746 Abs 1 S 2), sonst vom Kind selbst mit Zustimmung seines gesetzl Vertreters (Abs 3 S 3 iVm § 1746 Abs 1 S 3) erteilt.

- 15** Bei Eltern (§ 1747) oder Ehegatten (§ 1749) ist im Fall beschränkter Geschäftsfähigkeit die Zustimmung des gesetzl Vertreters zur Einwilligungserklärung nicht erforderlich (Abs 3 S 2). Da es mit Inkrafttreten des BtG v 12. 9. 1990 (BGBl I 2002) am 1. 1. 1992 keine beschränkt geschäftsfähigen Volljährigen mehr gibt, beschränkt sich der Anwendungsbereich v Abs 3 S 2 in Zukunft auf die minderjährigen Eltern des ehel Kindes (§ 1747 Abs 1) und die minderjährige Mutter des nichtehel Kindes (§ 1747 Abs 2 S 1). Zur Rechtslage bei Minderjährigkeit eines Ehegatten vgl § 1749 Rz 2. Sind die Eltern oder der Ehegatte zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande, oder ist ihr Aufenthalt unbekannt, so ist die Einwilligung entbehrlich (§ 1747 Abs 4 u § 1749 Abs 3).

Das Vertretungsverbot hindert nicht, daß die Erklärungen durch einen Dritten, insbes den Notar an das VormG weitergeleitet werden (vgl § 1753 Abs 2). Dieser wird dann als Bote tätig (vgl OLG Hamm OLGZ 1987, 129, 135 ff = NJW-RR 1987, 260, 262 f = Rpfleger 1987, 65, 66). Bei der Beurkundung der Einwilligungserklärung sollte der Notar darauf achten, daß der Beteiligte ihn anweist, eine Ausfertigung der Einwilligung dem VormG (Abs 1 S 3 iVm § 130 Abs 3) bzw dem JugA oder der Adoptionsvermittlungsstelle zur sofortigen Weiterleitung an das zuständige VormG zuzuleiten (BÜHLER BWNotZ 1977, 129).

IX. Erlöschen der Einwilligung (Abs 4)

Die Einwilligungen nach §§ 1746, 1747, 1749 werden unwirksam, wenn der **Annahmeantrag zurückgenommen** oder die **Annahme versagt** wird (Abs 4 S 1). Versagt ist die Annahme erst, wenn der Annahmeantrag „endgültig“ (BT-Drucks 7/3061, 40) abgelehnt wird, was wegen der Möglichkeit der einfachen (unbefristeten) Beschwerde zu Problemen führt, die der Gesetzgeber nicht gesehen hat (Näheres unter § 1752 Rz 35 f). Ferner verliert die vor der Stellung des Annahmeantrags erklärte Einwilligung der leibl Eltern ihre Kraft, wenn die Pflegeeltern eindeutig und endgültig erklären, einen **Annahmeantrag nicht stellen zu wollen** (BayObLG FamRZ 1983, 761, 762; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 14; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 11; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1). Entspr muß gelten, wenn das 14 Jahre alte Kind nach § 1746 Abs 2 seine Einwilligung widerruft (OBERLOSKAMP 137).

Die Einwilligung eines Elternteils wird ferner unwirksam, **wenn das Kind nicht innerhalb von 3 Jahren** seit dem Wirksamwerden der Einwilligung **angenommen wird** (Abs 4 S 2). Die Automatik der 3-Jahresfrist gilt nur für die elterl Einwilligung, nicht für die Einwilligung gem §§ 1746, 1749. Das Kind soll nicht unangemessen lange in einem Schwebezustand zwischen den leibl Eltern, die ihre Einwilligung zur Annahme schon erteilt haben, und den neuen Eltern belassen werden. Die Frist soll außerdem alle Beteiligten dazu anhalten, das Annahmeverfahren nicht unnötig zu verzögern (BT-Drucks 7/3061, 40 f).

Das alte Recht kannte eine derartige Frist nicht. War eine Einwilligungserklärung nach altem Recht abgegeben, die Adoption aber vor dem 1. 1. 1977 nicht mehr zustande gekommen, begann die 3-Jahresfrist des Abs 4 S 2 für diese Erklärung am 1. 1. 1977 (OLG Celle FamRZ 1979, 861, 863 f = DAVorm 1979, 607, 611 f; BayObLGZ 1978, 384, 394 = StAZ 1979, 122, 126; wNachw MünchKomm-LÜDERITZ Vor § 1741 Rz 76). Hätte man die Frist rückwirkend mit dem Wirksamwerden der Einwilligungserklärung beginnen lassen, wäre manches Verfahren unter Zeitdruck geraten, zumal alle Beteiligten bei der Abgabe der Erklärung nicht mit einer solchen Frist zu rechnen brauchten (BRÜGGEMANN ZBJJugR 1977, 199, 207 f; BAER-GROSS 49; OLG Celle FamRZ 1979, 861, 863 = DAVorm 1979, 607, 611). Vor dem 1. 1. 1977 erklärte Einwilligungen haben deshalb mit dem 31. 12. 1979 ihre Wirkung verloren, wenn bis dahin die Annahme des Kindes nicht erfolgt war.

§ 1751

Mit der Einwilligung eines Elternteils in die Annahme ruht die elterliche Sorge dieses Elternteils; die Befugnis zum persönlichen Umgang mit dem Kinde darf nicht ausgeübt werden. Das Jugendamt wird Vormund; dies gilt nicht, wenn der andere Elternteil die elterliche Sorge allein ausübt oder wenn bereits ein Vormund bestellt ist. Eine bestehende Pflegschaft bleibt unberührt. Das Vormundschaftsgericht hat dem Jugendamt unverzüglich eine Bescheinigung über den Eintritt der Vormundschaft zu erteilen; § 1791 ist nicht anzuwenden.

Absatz 1 ist nicht anzuwenden auf einen Ehegatten, dessen Kind vom anderen Ehegatten angenommen wird.

Hat die Einwilligung eines Elternteils ihre Kraft verloren, so hat das Vormundschaftsgericht die elterliche Sorge dem Elternteil zu übertragen, wenn und soweit dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht.

Der Annehmende ist dem Kind vor den Verwandten des Kindes zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet, sobald die Eltern des Kindes die erforderliche Einwilligung erteilt haben und das Kind in die Obhut des Annehmenden mit dem Ziel der

Annahme aufgenommen ist. Will ein Ehegatte ein Kind seines Ehegatten annehmen, so sind die Ehegatten dem Kind vor den anderen Verwandten des Kindes zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet, sobald die erforderliche Einwilligung der Eltern des Kindes erteilt und das Kind in die Obhut der Ehegatten aufgenommen ist.

BT-Drucks 7/3061, 40 f, 73 f; BT-Drucks 7/5087, 14 f.

Systematische Übersicht

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte 1

II. Elterliche Einwilligung und Sorgerecht (Abs 1–3)

1. Ruhen der elterlichen Sorge – Nichtausübung des Umgangsrechts (Abs 1 S 1) 4
2. Jugendamt als Amtsvormund (Abs 1 S 2) 10
3. Sonderfall bereits bestehender Vormundschaft (Abs 1 S 2) 13
4. Sonderfall bereits bestehender Pflegschaft (Abs 1 S 3) 16
5. Erteilung einer Bescheinigung (Abs 1 S 4) 18
6. Die Ausnahmeregelung des Abs 2 20
7. Zeitliche Begrenzung des Ruhens der elterlichen Sorge (Abs 3) 21

III. Elterliche Einwilligung und Unterhaltspflicht (Abs 4)

1. Allgemeines 26
2. Voraussetzungen der Unterhaltspflicht des Annehmenden 29
 - a) Einwilligung der Eltern 29
 - b) Obhut des Annehmenden 30
 - c) Adoptionsabsicht
3. Sonderfall der Stiefkindadoption 33
4. Sozialleistungen und Pflegegeld 34
 - a) Sozialleistungen 34
 - b) Pflegegeld 35
5. Ende der Unterhaltspflicht des Annehmenden 36
 - a) Beendigungsgründe 36
 - aa) Ausspruch der Annahme als Kind 36
 - bb) Volljährigkeit des Anzunehmenden 37
 - cc) Wegfall einer der Voraussetzungen des Abs 4 38
 - b) Regreßansprüche des Annehmenden 43

Alphabetische Übersicht

Adoptionsabsicht 32, 38, 41
 Adoptionsantrag, förmlicher 32, 38, 41
 Adoptionspflege, Aufnahme des Kindes in 11, 16, 18, 34
 Adoptionspflegeverfahren, förmliches 3
 Adoptionsvormundschaft 10, 13, 15 f, 18 f, 24
 – Bescheinigung über die 18 f
 Amtspflegschaft 16
 Amtsvormund, Jugendamt als 1, 10 ff, 16, 18 f
 Anhörung des Jugendamts 21
 Annahme des Kindes des Ehegatten 20, 33, 41
 Annahme des nichtehelichen Kindes durch seine Mutter 20
 Aufnahme des Kindes mit dem Ziel der Annahme 1 f, 26, 29, 32
 Befugnis zum persönlichen Umgang, Ruhen der elterlichen Sorge 1, 5, 9, 25
 Bescheinigung über die Amtsvormundschaft 18 f

Einwilligung der Eltern 1 f, 4 f, 8 f, 14, 21 f, 26, 29, 31 ff, 38 f, 43
 – Fehlen der 39, 43
 – Kraftloswerden der 21, 39
 – nichtige oder anfechtbare 5, 9, 22, 39
 – vormundschaftsgerichtlich ersetzte 4, 29
 elterliche Sorge (siehe Sorgerecht der Eltern)
 Entstehungsgeschichte 1 ff, 10, 13
 Jugendamt 11, 16, 21
 – als Vormund (siehe Amtsvormund, Jugendamt als)
 – Anhörung des -s 21
 – örtliche Zuständigkeit des -s 11, 16
 Kraftloswerden der elterlichen Einwilligung 21, 39
 Normzweck 1 ff, 5 f, 13, 18, 44
 Obhut des Annehmenden 1, 26, 29 ff, 40
 Pflegegeld, Anspruch auf 35, 43
 Pflegschaft 15 ff, 24

8. Titel. Annahme als Kind

- bereits bestehende 16 ff
- bestellte 16
- für das nichteheliche Kind 15 ff

Regreßanspruch des Annehmenden für
Unterhaltsleistungen 43 f

Ruhen der elterlichen Sorge 1, 4 f, 7, 9 f,
21 f, 24

Sorgerecht der Eltern 1, 4 ff, 12, 16, 19,
21 ff

- Ausübung durch nur einen Elternteil 12
- entzogenes 8 f, 22
- Ruhen 1, 4 f, 7, 9 f, 21 f, 24
- Rückübertragung 7, 16, 21 ff

Sozialleistungen im Zusammenhang mit
dem Kind, Anspruchsberechtigter für 34
Stiefkindadoption 20, 33, 41

Umgangsrecht, Ruhen des elterlichen -s 1,
5, 9, 25

– Zweck 9

Unterhaltspflicht 1 f, 6, 26–43

- der einwilligenden Eltern des Kindes 33,
35
- des Annehmenden 1 f, 6, 26, 28 ff, 35 ff
- – für das Kind 1 f, 26, 29 ff, 35 ff
- – Ende der 36 ff

- Regreßanspruch bei Fehlen der 43
- Voraussetzungen der 29 ff
- für Kinder des Kindes 28
- des Kindes 27

Volljährigenadoption 37

Vormundschaft 13 ff, 18, 24 f

- bestehende 13 ff
- bestellte 13 f
- für das nichteheliche Kind 13 ff
- Vormundschaftsgericht 1, 4, 7, 11, 14, 17 f,
21, 25
- Aufsicht über das Jugendamt als Amts-
vormund durch das 11
- Entscheidung über Wiederausübung des
Umgangsrechts durch das 25
- Ersetzung der elterlichen Einwilligung
durch das 4
- örtliche Zuständigkeit des -s 11
- Rückübertragung der elterlichen Sorge
durch das 7, 21

Ziel der Annahme, Inobhutnahme mit
dem 1 f, 26, 29, 32

Zuständigkeit, örtliche 11, 16

- des Jugendamts 11, 16
- des Vormundschaftsgerichts 11

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte**1**

Mit der elterl Einwilligung, die mit dem Zugang beim VormG unwiderruflich wird (§ 1750 Abs 2 S 2 iVm Abs 1 S 3), vollzieht sich ein erster Schritt der Trennung zwischen Eltern und Kind. § 1751 beantwortet die Frage, wie sich die Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kind mit der unwiderruflich erklärten Einwilligung verändern. Nach Abs 1 S 1 tritt ein **Ruhen der elterl Sorge** ein; die Befugnis zum persönlichen Umgang mit dem Kind darf nicht mehr ausgeübt werden. Das JugA wird Amtsvormund (Abs 1 S 2). Auf die Unterhaltspflicht hat die Einwilligung allein noch keinen Einfluß. Wird das Kind jedoch außerdem in die Obhut des Annehmenden mit dem Ziel der Annahme aufgenommen, was idR vor der Erklärung der Einwilligung der Fall ist, so ist der Annehmende dem Kind vor dessen Verwandten zur Gewährung von **Unterhalt** verpflichtet (Abs 4 S 1).

Dem Adoptionsrecht **vor der Reform v 1976** war eine entsprechende Regelung 2 fremd. Die Einwilligungserklärung blieb ohne Einfluß auf das **elterl Sorgerecht** (VoraufL § 1747 Rz 33). Die leibl Eltern konnten deshalb „an sich“ die Herausgabe ihres Kindes von den Adoptionsbewerbern fordern; nur der „Notanker“ des § 1666 bzw der Einwand des Rechtsmißbrauchs erlaubte es, noch zu vernünftigen Ergebnissen zu gelangen (BGH NJW 1951, 309 = LM § 1707 Nr 1 = ZBJugR 1951, 194; FRANK 142 f). Selbst im Falle einer angestrebten Inkognitoadoption hielt die Rspr eine Feststellung des Ruhens der elterl Sorge (§ 1674) für nicht gerechtfertigt (BayObLGZ 1976, 1 = NJW 1976, 718; vgl aber LG Braunschweig FamRZ 1971, 599; LG Hannover DAVorm 1974, 400; LG Bochum DAVorm 1974, 627). Über die dringende Reformbedürftigkeit des alten Rechts gerade in diesem Punkt bestand Einmütigkeit (BT-Drucks 7/3061, 40). – Auch **unterhaltsrechtl** hatte die elterl Einwilligung in die Adoption vor 1976 keine Auswirkungen. Im RegE (BT-Drucks 7/3061, 5) war eine § 1751 Abs 4 entsprechende Bestimmung zunächst nicht

vorgesehen. Die heutige Regelung geht zurück auf eine Anregung des Bundesrates (BT-Drucks 7/3061, 73), die später vom RAussch aufgegriffen wurde (BT-Drucks 7/5087, 14). Es entspricht der Billigkeit, daß Adoptionsbewerber, die ein Kind mit dem Ziel der Annahme bei sich aufgenommen haben, aus eigenen Mitteln den Unterhalt für dieses, „ihr“ Kind bestreiten, sobald die Einwilligungserklärung der Eltern unwiderruflich geworden ist (BT-Drucks 7/3061, 63). Der RAussch führte zur Begründung weiter an, daß Adoptionsbewerber während der Pflegezeit erkennen sollen, welche wirtschaftlichen Belastungen die vorgesehene Adoption mit sich bringt (BT-Drucks 7/5078, 14).

- 3 § 1751 stellt eine „**Kompromißlösung**“ dar, nachdem im Zuge der Reform vor allem von seiten der AGJ angeregt worden war, ein **förmliches Adoptionspflegeverfahren** nach französ oder ital Muster einzuführen (Näheres unter § 1744 Rz 8). Ziel dieser Anregung war es ua, über den heutigen § 1751 hinaus mit Beginn der Adoptionspflege Statusveränderungen des Kindes durch Legitimation, Ehelicherklärung, Vaterschaftsanerkennung, gerichtl Vaterschaftsfeststellung zu verhindern (Näheres dazu unter § 1747 Rz 16).

4 II. Elterliche Einwilligung und Sorgerecht (Abs 1–3)

1. Ruhen der elterlichen Sorge – Nichtausübung des Umgangsrechts (Abs 1 S 1)

Voraussetzung des Abs 1 S 1 ist „die Einwilligung eines Elternteils“. Einwilligung in diesem Sinne ist **sowohl die freiwillig erteilte (§ 1747) als auch die durch Entscheidung des VormG ersetzte (§ 1748) Einwilligungserklärung**. Auf die ursprüngl im RegE (BT-Drucks 7/3061, 5) vorgesehene besondere Erwähnung der gerichtl ersetzten Einwilligung wurde im späteren Gesetzgebungsverfahren verzichtet, weil diese „ebenfalls eine Einwilligung ist“ (BT-Drucks 7/5087, 14; KG OLGZ 1978, 139 = FamRZ 1978, 210). Die Rechtsfolgen des Abs 1 S 1 treten somit entweder dann ein, wenn die Einwilligungserklärung dem VormG zugeht (§ 1750 Abs 1 S 3) oder der Ersetzungsbeschluß rechtskräftig wird (§ 53 Abs 1 S 2 FGG).

- 5 Fraglich könnte sein, **ob eine wegen Geschäftsunfähigkeit nichtige oder wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung angefochtene Willenserklärung die Rechtsfolgen des § 1751 auszulösen vermag**. Es wurde bei § 1750 Rz 6–8 dargelegt, daß sich die Wirksamkeit einer Einwilligung vor Erlaß des Adoptionsdekrets nach allg bürgerlichrechtl Grundsätzen bestimmt, und daß über die Wirksamkeit einer solchen Einwilligung vor dem Annahmebeschluß in einem selbständigen Verfahren entschieden werden kann (§ 1750 Rz 13 u § 1752 Rz 21). Daß aber *nur* eine solche Entscheidung entspr § 1751 Abs 3 mit Wirkung für die Zukunft die Rechtslage soll verändern können (so MünchKomm-LÜDERITZ Rz 4 a; SOERGEL-LIERMANN Rz 6), überzeugt nicht: § 1760 Abs 2 schränkt die Berufung der Eltern auf die Unwirksamkeit ihrer Einwilligung nur aus Gründen der Stabilität des bereits entstandenen Annahmeverhältnisses ein. Vor Erlaß des Adoptionsdekrets besteht für eine entsprechende Einschränkung, insbes für eine analoge Anwendung v § 1751 Abs 3, kein Anlaß. Dem Familienrecht sind ähnliche Probleme durchaus auch in anderem Zusammenhang bekannt, wenn etwa die Voraussetzungen für den Eintritt einer gesetzl Amtsvormundschaft oder Amtspflegschaft irrig bejaht werden. Die Rspr hat sich zu der hier angesprochenen Problematik noch nicht klar geäußert (offengelassen v OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1095, 1096; vgl auch OLG Frankfurt FamRZ 1981, 206, 207). In einer Entscheidung des BayObLG (FRES 4 [1980] 119, 130) wird – allerdings ohne nähere Begründung – eine wirksame und unanfechtbare Einwilligungserklärung als Voraussetzung für das Ruhen der elterl Sorge nach Abs 1 S 1 genannt.

Während Abs 4 S 1 das Entstehen der Unterhaltspflicht der Annehmenden von der elterl Einwilligung *und* der Übernahme der tatsächlichen Pflege abhängig macht, **bewirkt nach Abs 1 S 1 allein die Einwilligung das Ruhen der elterl Sorge.** Es ist also der (mehr theoretische als praktische) Fall denkbar, daß ein Kind sich noch bei seinen leibl Eltern aufhält, deren Sorge bereits ruht. Der in Abs 1 S 1 statuierte Ausschuß des Umgangsrechts würde hier mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht mehr übereinstimmen. Der Gesetzgeber entschied sich dennoch wegen des klaren Anknüpfungspunktes, der jede Unsicherheit für die Rechtsanwendung ausschließt, für die Regelung des geltenden Rechts (BT-Drucks 7/5087, 14).

Wenn Abs 1 S 2 davon spricht, daß die elterl Sorge ruht, so wird damit gem § 1675 7 zum Ausdruck gebracht, daß die Rechtsposition als solche erhalten bleibt, aber nicht mehr ausgeübt werden kann. **Ungenau ist die Formulierung** in Abs 3, wonach das VormG die elterl Sorge zurückübertragen kann. In Wirklichkeit geht es – entsprechend der üblichen Terminologie – um die Wiederausübung des Sorgerechts (BEITZKE § 33 III 2). Zumindest **atypisch ist die Regelung** des § 1751 auch insoweit, als zwar der Beginn des Ruhens gem Abs 1 S 1 ex lege erfolgt, nicht aber die Beendigung gem Abs 3 (MünchKomm-LÜDERITZ Fn 11; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 3).

Wurde einem Elternteil vor dem Wirksamwerden der Einwilligung das **Sorgerecht** 8 ganz oder teilweise **gem § 1666 entzogen**, so kann die Wirkung des Abs 1 S 1 insoweit nicht mehr eintreten. Auch nach dem Wirksamwerden der Einwilligung kann indessen eine zuvor erfolgte Entziehung des Sorgerechts mit der Beschwerde nach § 19 FGG angefochten werden (OLG Frankfurt OLGZ 1983, 301 [LS] = FamRZ 1983, 1164, 1165). Wird der Entziehungsbeschluß nach der Einwilligung wieder aufgehoben, so kann das Sorgerecht wegen Abs 1 S 1 nur noch als ruhendes Recht an den Elternteil zurückfallen.

Abs 1 S 1 bestimmt als weitere Rechtsfolge der Einwilligung, daß auch die **Befugnis** 9 **zum persönlichen Umgang** mit dem Kind nicht mehr ausgeübt werden kann. Normalerweise steht einem Elternteil, dessen elterl Sorge ruht oder dem sie entzogen worden ist, gem § 1634 weiterhin das Umgangsrecht zu. § 1751 Abs 1 weicht von diesem Grundsatz ab, da mit der Einwilligung in die Adoption das Eltern-Kind-Verhältnis auf endgültige und vollständige Trennung angelegt ist. Für eine Förderung weiterer Kontakte besteht kein Bedürfnis mehr. Im Gegenteil: Das Kindeswohl gebietet den Ausschuß des Umgangsrechts, da das Kind möglichst rasch und unbelastet eine Beziehung zu dem Annehmenden aufbauen soll. Deshalb sollte auch bei behaupteter Unwirksamkeit der Einwilligung kein Umgangsrecht im Wege einer einstweiligen Anordnung gewährt werden, solange keine rechtskräftige Entscheidung über die Nichtigkeit ergangen ist (OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1095, 1096).

2. Jugendamt als Amtsvormund (Abs 1 S 2)

10

Ruht die elterl Sorge nach Abs 1 S 1, so wird das **JugA** nach Abs 1 S 2 **Amtsvormund** (sog Adoptionsvormundschaft). Dem Gesetzgeber diene die Regelung der §§ 1709, 1791 c Abs 1 als Vorbild (BT-Drucks 7/3061, 40). Auf die Amtsvormundschaft des JugA finden die §§ 55 f SGB VIII Anwendung.

Der Eintritt der Amtsvormundschaft ist eine zwingende Rechtsfolge. In einem **Scheidungsurteil** 11 kann deshalb im Rahmen der Verbundentscheidung (§ 623 ZPO) keine Sorgerechtsentscheidung mehr getroffen werden, wenn bereits gem § 1751 Amtsvormundschaft eingetreten ist. Auch eine deklaratorische Feststellung des Eintritts der Amtsvormundschaft ist nicht geboten und auch nicht sinnvoll, weil bei

jeder Vorlage des Urteils die Freigabe zur Adoption offengelegt werden müßte (OLG Hamm FamRZ 1986, 922). Die **örtliche Zuständigkeit** des JugA bestimmt sich nach § 85 SGB VIII. Abzustellen ist also gem dessen Abs 1 auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Mutter des nichtehel oder der Eltern des ehel Kindes zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Einwilligung (§ 1750 Abs 1 S 3). Hat das Kind allerdings in den letzten 3 Monaten vor dem Wirksamwerden der Einwilligung nicht bei seiner Mutter bzw seinen Eltern gelebt, oder haben diese keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, so ist nach § 85 Abs 2 SGB VIII das Jugendamt des Ortes zuständig, an dem sich das Kind selbst in den letzten 3 Monaten überwiegend aufgehalten hat (bis zum Inkrafttreten des SGB VIII am 1. 1. 1991 war nach § 11 JWG immer das JugA am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes zuständig: OLG Stuttgart FamRZ 1978, 207, 208 = DAVorm 1978, 34, 37; KG OLGZ 1978, 139, 141 = FamRZ 1978, 210 = DAVorm 1978, 113, 115; ERMAN-HOLZHAUER Rz 6; Münch-Komm-LÜDERITZ Rz 3). Die vormundschaftsgerichtl Aufsicht über die Vormundschaft führt allerdings das VormG, in dessen Bezirk der Annehmende seinen Wohnsitz oder Aufenthalt hat (§ 43 b Abs 2 FGG; vgl KG OLGZ 1978, 139 = FamRZ 1978, 210 = DAVorm 1978, 113). Obwohl sich die Zuständigkeit von JugA und VormG nach unterschiedlichen Kriterien bestimmt, ergeben sich daraus in aller Regel keine Probleme, weil das Kind bei der Erteilung der elterl Einwilligung seinen gewöhnlichen Aufenthalt oft schon seit mehr als 3 Monaten bei den zukünftigen Adoptiveltern hat. Auch wenn es noch nicht so lange bei ihnen lebt, werden Komplikationen dadurch vermieden, daß das die Vormundschaft führende JugA gem § 87 Abs 2 SGB VIII die Vormundschaft an das JugA am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes abgibt.

- 12** Für eine Amtsvormundschaft ist kein Raum, **wenn nur ein Elternteil einwilligt und der andere die Sorge allein ausübt** (Abs 1 S 2 HS 2 Alt 1). Die Voraussetzung für Abs 1 S 2 HS 2 Alt 1 ist sowohl dann erfüllt, wenn von zwei sorgeberechtigten Elternteilen nur einer eingewilligt hat, weil dann der andere gem § 1678 Abs 1 bis auf weiteres das Sorgerecht allein ausübt, als auch dann, wenn nur der nichtsorgeberechtigte Elternteil eingewilligt hat, die Einwilligung des Sorgeberechtigten aber noch aussteht. Zum Sonderfall, daß die Mutter eines nichtehel Kindes die Einwilligung erklärt hat und danach den Vater heiratet, so daß diesem ein Einwilligungsrecht erwächst, vgl § 1747 Rz 16 ff.

13 3. Sonderfall bereits bestehender Vormundschaft (Abs 1 S 2)

Nach Abs 1 S 2 HS 2 Alt 2 macht eine bereits bestellte Vormundschaft den Eintritt der Adoptionsvormundschaft entbehrlich. Bei wörtlicher Auslegung des Begriffs „bestellt“ fiel die in der Praxis nicht seltene **Nichtehelichenvormundschaft** aus dem Anwendungsbereich des Abs 1 S 2 heraus, da sie gem § 1791 c kraft Ges entsteht. Es handelt sich hier jedoch nicht um eine beabsichtigte Differenzierung des Gesetzgebers, sondern um eine primäre Lücke, die sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift erklärt. Der Gesetzgeber hat sich bei der Formulierung des § 1751 an den Wortlaut des § 1791 c angelehnt, da dieser auch inhaltlich Vorbild sein sollte (BT-Drucks 7/3061, 40). § 1791 c Abs 1 S 1 HS 2 und § 1751 Abs 1 S 2 HS 2 Alt 2 bezwecken, dort keine Amtsvormundschaft eintreten zu lassen, wo bereits eine andere Vormundschaft besteht. Die Amtsvormundschaft soll nur dort zum Zuge kommen, wo das Kind andernfalls keinen Sorgeberechtigten hätte (vgl BT-Drucks 7/3061, 40: „Da das Kind... einen gesetzlichen Vertreter hat, besteht für eine Amtsvormundschaft des Jugendamts, die automatisch eintritt, kein Bedürfnis“).

Zur Entstehungszeit des § 1791 c konnte der Wortlaut „bestellt“ bedenkenlos 14 gewählt werden. Die Nichtehelichenvormundschaft war nämlich die einzige kraft Ges entstehende Vormundschaft. Alle anderen denkbaren Vormundschaften waren bestellte. Das Problem des Verhältnisses zweier gesetzl Amtsvormundschaften zueinander entstand erstmals durch die Einführung des § 1751 und wurde seinerzeit vom Gesetzgeber nicht erkannt. Die bei wörtlicher Auslegung entstehende Doppelvormundschaft wäre unsinnig. Da der Nichtehelichenvormund bereits für alle Sorgebereiche zuständig ist, werden durch die Einwilligung der Kindesmutter keine weiteren Sorgebefugnisse mehr frei, die dem neuen Vormund zufallen könnten. Das VormG darf zwar bei einer bestellten Vormundschaft die Sorge in einzelne Funktionsbereiche untergliedern und für jeden Bereich einen eigenen Vormund bestellen (§ 1797 Abs 2). Eine derartige Aufteilung verbietet sich aber bei einer kraft Ges entstandenen und durch das Ges in ihrem Umfang festgelegten Vormundschaft (DIV-Gutachten ZfJ 1985, 79, 81).

Auch die Auffassung, die Nichtehelichenvormundschaft werde durch das Eintreten 15 der Adoptionsvormundschaft kraft Ges auf den Aufgabenbereich eines Nichtehelichenpflegers (§ 1706) reduziert, überzeugt nicht (so aber BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6). Nur um die wörtliche Auslegung zu retten und gleichzeitig die sich aus der wörtlichen Auslegung ergebenden unstimmigen Ergebnisse zu vermeiden, sollte man nicht Lösungen anstreben, die das Gesetz nicht vorsieht. Vielmehr ist § 1751 von vornherein dahingehend auszulegen, daß **alle bestehenden Vormundschaften erfaßt** sind (BRÜGGEMANN ZBJugR 1977, 199, 203; ERMAN-HOLZHAUER Rz 4; aA BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6; PALANDT-DIEDERICHSEN Rz 1; SOERGEL-LIERMANN Rz 5; LG Berlin DAVorm 1979, 190, 192). Endet eine Nichtehelichenvormundschaft zwischen Einwilligung und Ausspruch der Annahme, zB weil die zuvor minderjährige Mutter volljährig geworden ist, treten gleichzeitig kraft Ges eine Nichtehelichenpflegschaft und – ermöglicht durch den Wegfall der ersten Vormundschaft – eine Adoptionsvormundschaft gem Abs 1 S 2 HS 2 Alt 2 ein (DIV-Gutachten ZfJ 1985, 79, 81; ähnl ERMAN-HOLZHAUER Rz 4).

4. Sonderfall bereits bestehender Pflegschaft (Abs 1 S 3)

16

Eine schon vor der Einwilligung bestehende Pflegschaft bleibt nach Abs 1 S 3 weiter bestehen. Hauptanwendungsfall ist das Bestehen einer **Amtspflegschaft für ein nichtehel Kind** gem §§ 1706, 1709. Ob Abs 1 S 3 nur bestellte Pflegschaften oder auch Amtspflegschaften betrifft, war im Gesetzgebungsverfahren nicht näher diskutiert worden (vgl BT-Drucks 7/3061, 40) und nach Inkrafttreten des AdoptG v 1976 zunächst streitig (BINSCHUS ZfF 1976, 193, 197; OBERLOSKAMP DAVorm 1977, 89, 103; BRÜGGEMANN ZBJugR 1977, 199; ROTH-STIELOW DAVorm 1978, 17), weil ansonsten im Familienrecht allg der Grundsatz gilt, daß eine Vormundschaft eine bestehende Pflegschaft absorbiert (vgl §§ 1918, 1791 c Abs 2). Auch heute noch wird deshalb von einer Mindermeinung die Ansicht vertreten, Abs 1 S 3 gelte nur für bestellte Pflegschaften (GERNHUBER § 62 VI 9; MünchKomm-GOERKE § 1918 Rz 217). Die hL (BRÜGGEMANN ZBJugR 1977, 199; ROTH-STIELOW DAVorm 1978, 17; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7; ERMAN-HOLZHAUER Rz 5; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 3; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1; BAER-GROSS 51; OBERLOSKAMP 150) und Rspr (KG FamRZ 1978, 206 = DAVorm 1978, 111; OLG Stuttgart FamRZ 1978, 207, 208 = DAVorm 1978, 34, 36; LG Hamburg DAVorm 1978, 37; vgl auch BayObLG FamRZ 1983, 532, 533; LG Bonn DAVorm 1977, 746) steht indessen zutr auf dem Standpunkt, daß der **Nichtehelichenpfleger weiterhin für die in § 1706 genannten Angelegenheiten** insbes für die Feststellung der Vaterschaft, die Einwilligungserklärung des Kindes bzw die Zustimmung zur Einwilligungserklärung des Kindes (§ 1746) **zuständig** bleibt. Die Aufgabenverteilung zwischen Amtsvormund

und Nichteheichenpfleger ist vor allem dann von Bedeutung, wenn für die Amtspflegschaft ein anderes JugA zuständig ist als für die Adoptionsvormundschaft. Dieser Fall ist zwar selten, aber denkbar, weil für die Amtspflegschaft andere Zuständigkeitsregeln gelten (§ 87 Abs 1 SGB VIII) als für die Adoptionsvormundschaft (dazu oben Rz 11). § 87 Abs 2 SGB VIII zwingt indessen stärker als früher § 43 JWG dazu, Adoptionsvormundschaft und Amtspflegschaft beim selben Jugendamt zu führen. Werden Vormundschaft und Pflegschaft bei demselben JugA vereinigt, so besteht für eine getrennte Führung kein Anlaß mehr (ERMAN-HOLZHAUER Rz 5 gegen BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7). Wird allerdings die elterl Sorge nach Abs 1 S 3 auf die Mutter zurückübertragen, so verbleiben selbstverständlich dem JugA die Befugnisse des Nichteheichenpflegers.

- 17 Eine Pflegschaft iS v Abs 1 S 3 hat auch eine Pflegeperson inne, der das VormG gem § 1630 Abs 3 Angelegenheiten der elterl Sorge übertragen hat. Will die bisherige Pflegeperson das Kind adoptieren, behält sie ihre Rechte aus § 1630 Abs 3 auch nach der Einwilligung. Soll das Kind von einer anderen Person adoptiert werden, so enthält die Einwilligungserklärung der Eltern den konkludenten Antrag auf Aufhebung der Pflegschaft nach § 1630 Abs 3. Jedenfalls muß das VormG gem § 1919 die Übertragung auch von Amts wegen aufheben, sobald eine wirksame Einwilligung vorliegt. Da das Kind zu den Adoptionsbewerbern in Pflege gegeben werden soll (§ 1744), entfällt das Bedürfnis, die tägliche Betreuung durch die bisherigen Pflegeeltern zu erleichtern. Dadurch ist einer der Anordnungsgründe iS d § 1919 weggefallen.

18 5. Erteilung einer Bescheinigung (Abs 1 S 4)

Da die Vormundschaft kraft Ges entsteht, erhält der Adoptionsvormund keine Bestallungsurkunde gem § 1791, sondern lediglich eine **deklaratorische Bescheinigung** über den Eintritt der Berechtigung. Damit das JugA auch bei den nicht von ihm selbst vermittelten Adoptionspflegeverhältnissen möglichst schnell von der Vormundschaft erfährt, muß das für die Entgegennahme der Einwilligungserklärung nach § 43 b FGZ zuständige VormG die Bescheinigung gem Abs 1 S 4 unverzüglich und von Amts wegen erteilen. Das JugA soll vor allem dann, wenn keine Adoptionsvermittlungsstelle eingeschaltet wurde, die gem § 44 SGB VIII notwendige Pflegeerlaubnis versagen und noch rechtzeitig verhindern können, daß das Kind sich an eine Pflegeperson gewöhnt, die für eine Annahme nicht geeignet ist (BT-Drucks 7/5087, 14).

- 19 Für die Bescheinigung ist gem §§ 3 Nr 2 a, 14 Nr 3 f RPflG der Rechtspfleger zuständig. Ihre Erteilung begründet die Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts im Namen des Mündels mit der Wirkung des § 32 FGZ und beeinträchtigt somit das Sorgerecht der Eltern. Diese können daher gem §§ 11 Abs 1 u 2 RPflG, 19 Abs 1, 20 Abs 1 FGZ **Erinnerung** bzw **Beschwerde** einlegen (BayObLGZ 1978, 384, 388 = DNotZ 1979, 348, 349 = StAZ 1979, 122, 124). Dieselben Rechtsbehelfe stehen dem JugA gem § 57 Abs 1 Nr 9 FGZ zu. Im Interesse des Kindes muß gewährleistet werden, daß nur einem materiellrechtl zum Vormund berufenen JugA die Bescheinigung nach Abs 1 S 4 erteilt wird (OLG Stuttgart FamRZ 1978, 207 = DAVorm 1978, 34, 35 f).

20 6. Die Ausnahmeregelung des Abs 2

Die in Abs 1 aufgeführten Rechtsfolgen treten gem § 1751 Abs 2 nicht ein, wenn das Kind vom Ehegatten des einwilligenden Elternteils angenommen werden soll. In

diesem Fall gibt der einwilligende Elternteil seine Elternrechte nicht preis; das Kind soll lediglich den Stiefelternteil als neuen Elternteil hinzugewinnen (vgl § 1754 Abs 1).

Entsprechendes muß gelten, wenn die Mutter ihr eigenes nichtehel Kind adoptiert (BEITZKE § 33 III 2; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 2; ERMAN-HOLZHAUER Rz 2).

7. Zeitliche Begrenzung des Ruhens der elterlichen Sorge (Abs 3)

21

Verliert die Einwilligung eines Elternteils ihre Kraft (vgl dazu § 1750 Rz 16 ff), so fällt der Grund für das Ruhen der elterl Sorge weg. Anders als in den übrigen Fällen des Ruhens (vgl § 1674 Abs 2; MünchKomm-LÜDERITZ Fn 11; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 3) lebt die gem § 1751 Abs 1 S 1 ruhende Sorge nicht wieder automatisch auf; denn mit der Einwilligung hat der Elternteil gezeigt, daß er nicht willens oder im Falle des § 1748 nicht fähig ist, elterl Verantwortung wahrzunehmen. Außerdem hat das Kind die Zwischenzeit getrennt von seinem nicht umgangsberechtigten Elternteil verbracht. Es bedarf deshalb einer **vormundschaftsgerichtl** Prüfung und **Entscheidung**, ob die Ausübung der elterl Sorge wieder auf den Elternteil zurückübertragen werden kann. Vor der Entscheidung hat das VormG das JugA zu hören (§ 49 Abs 1 Nr 1 m FGG). Zur ungenauen Terminologie in Abs 3 (Übertragung der elterl Sorge anstatt Übertragung der Ausübung der elterl Sorge) vgl oben Rz 7.

Stellt sich vor der Adoption heraus, daß die elterl **Einwilligungserklärung wegen 22 Geschäftsunfähigkeit oder Willensmängeln nichtig** war, so kommt eine analoge Anwendung des Abs 3 nicht in Betracht (vgl dazu oben Rz 5). In einem solchen Fall sind die Wirkungen des Abs 1 von vornherein nicht eingetreten. Bestehen Bedenken, das Kind (wieder) seinen leibl Eltern anzuvertrauen, so ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen der §§ 1748 oder 1666 erfüllt sind.

Abs 3 setzt voraus, daß das Ruhen der elterl Sorge auf Grund der Einwilligung, also nach Abs 1 S 1, eingetreten ist. War dem Elternteil schon vor der Einwilligung das Sorgerecht in toto entzogen worden, so kommt eine Rückübertragung gem Abs 3 nicht in Betracht. Vielmehr geht es ausschließlich um die Frage, ob die getroffene Maßnahme gem § 1696 Abs 2 wieder aufzuheben ist; vgl auch oben Rz 8. War das Sorgerecht nur teilweise gem § 1666 entzogen worden (zB nur das Aufenthaltsbestimmungsrecht), so ist über die Aufhebung dieser Maßnahme nach § 1696 Abs 2 zu entscheiden, während für die Fortdauer des Ruhens der elterl Sorge im übrigen § 1751 Abs 3 maßgebend ist.

Die **Rückübertragung** der elterl Sorge muß erfolgen, „soweit dies dem Wohl des 23 Kindes nicht widerspricht“. Richtschnur für die Entscheidung ist § 1666: Soweit bei einem Herausgabeverlangen sorgeberechtigter Eltern Maßnahmen gem § 1666 getroffen werden müßten, kommt auch eine Rückübertragung nach § 1751 Abs 3 nicht in Betracht.

Wird die Sorge nicht oder teilweise nicht zurückgewährt, und ist auch der andere 24 Elternteil nicht ausübungsberechtigt, so muß das Gericht einen **Vormund oder Pfleger** bestellen. Der RegE hatte ursprüngl in Abs 3 eine entsprechende Regelung ausdrücklich vorgesehen (BT-Drucks 7/3061, 5 u 41). Sie war dann allerdings auf Anregung des Bundesrates (BT-Drucks 7/3061, 74; BT-Drucks 7/5087, 14) gestrichen worden. Obwohl die Adoptionsvormundschaft nicht kraft Ges erlischt, kann wegen des Wegfalls der gesetzl Voraussetzungen für das Ruhen der elterl Sorge auf Dauer nicht von der Bestellung eines Vormunds abgesehen werden (so aber wohl BT-Drucks 7/3061, 74; aA die hL: DIV-Gutachten DAVorm 1983, 634; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 14; BAER-GROSS 53; OBERLOSKAMP 152; vgl auch BayObLG FamRZ 1983, 761 = ZBIJugR 1983, 434). Wird ein Vormund bestellt, so endet eine

bis dahin noch bestehende Pflegschaft gem § 1918 Abs 1 (DIV-Gutachten DAVorm 1983, 634, 635; SOERGEL-LIERMANN Rz 6).

- 25 Abs 3 enthält bezügl des nach Abs 1 S 1 ebenfalls ruhenden **Umgangsrechts** keine ausdrückliche Regelung. Wird dem Elternteil die Ausübung des Sorgerechts zurückübertragen, so schließt diese Entscheidung das Umgangsrecht notwendigerweise ein. Wird allerdings ein Vormund bestellt, so fragt es sich, ob das Umgangsrecht automatisch wiederauflebt (so BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 15). Richtigerweise ist auch hier Abs 3 analog anzuwenden und eine Wiederausübung des Umgangsrechts nur für den Fall zu bejahen, daß eine entsprechende vormundschaftsgerichtl Entscheidung getroffen wird.

III. Elterliche Einwilligung und Unterhaltspflicht (Abs 4)

26 1. Allgemeines

Zu Normzweck und Entstehungsgeschichte v Abs 4 vgl oben Rz 1 ff. Die elterl Einwilligung allein löst noch keine Unterhaltspflicht des Annehmenden aus; erforderlich ist außerdem, daß das Kind in die Obhut des Annehmenden mit dem Ziel der Annahme aufgenommen ist. Sind die Voraussetzungen des Abs 4 S 1 erfüllt, so ist der Annehmende dem Kind vor dessen Verwandten zur Unterhaltsgewährung verpflichtet. Die **Unterhaltspflicht der leibl Eltern sowie der übrigen Verwandten** erlischt also nicht, sondern tritt nur als **subsidiär** hinter die des Annehmenden zurück. Ist die Unterhaltspflicht des Annehmenden entstanden, so ist der Unterhaltsanspruch des Adoptivpflegekindes gleichrangig mit dem Anspruch der leibl Kinder auf Unterhalt (BGH FamRZ 1984, 378, 379 = DAVorm 1984, 387, 389 = JR 1984, 328, 329).

- 27 An der gesetzl **Unterhaltspflicht des Kindes gegenüber seinen leibl Verwandten** ändert Abs 4 nichts. Das Kind erhält nach Abs 4 einen neuen Unterhaltsschuldner, ohne selbst zusätzlichen Unterhaltspflichten ausgesetzt zu werden. Es besteht deshalb kein Anlaß, entgegen dem Gesetzeswortlaut die Unterhaltspflicht des Kindes gegenüber seinen leibl Eltern „ruhen“ zu lassen (so aber ROTH-STIELOW Rz 9; aA GERNHUBER § 62 VI Fn 26; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 22; SOERGEL-LIERMANN Rz 9).
- 28 **Hat der Anzunehmende bereits ein Kind**, so fragt es sich, ob die Annehmenden diesem gem Abs 4 als Großeltern (nach den leibl Eltern) unterhaltspflichtig werden mit der Konsequenz, daß die Unterhaltspflicht der Eltern des Anzunehmenden als subsidiär hinter die der Adoptivgroßeltern zurücktritt. Man wird die vom Gesetzgeber offengelassene Frage (BT-Drucks 7/5087, 15) bejahen müssen, weil es wenig sinnvoll erscheint, die leibl Eltern auf Kosten der Adoptiveltern von der Unterhaltspflicht gegenüber ihrem Kind, nicht aber gegenüber ihrem Enkel zu befreien, der nach der angestrebten Adoption ebenso wie der Anzunehmende rechtl zur Familie des Annehmenden gehören soll (ebenso MünchKomm-LÜDERITZ Rz 8; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 23).

2. Voraussetzungen der Unterhaltspflicht des Annehmenden

29 a) Einwilligung der Eltern

„Erforderlich“ ist die **Einwilligung der Eltern des ehel und der Mutter des nichtehel Kindes** (§ 1747) oder deren Ersetzung (§ 1748). Widerspricht der Vater des nichtehel Kindes einer geplanten Fremdadoption, indem er selbst einen Antrag auf

Ehelicherklärung oder Adoption stellt, so hindert dies zwar (zunächst) den Anspruch der Adoption (§ 1747 Abs 2 S 2), nicht aber den Eintritt der Unterhaltspflicht gem Abs 4 (BRÜGGEMANN ZBlJugR 1982, 538, 548 f; vgl auch DIV-Gutachten ZfJ 1987, 459; 1989, 379 u 1990, 531, 532). „Erforderlich“ ist bei einem ehel Kind die Einwilligung beider Elternteile. Solange nur ein Elternteil eingewilligt hat, treten die Wirkungen des Abs 4 nicht ein (vgl DIV-Gutachten ZfJ 1988, 546).

Ist die Einwilligung der Eltern des ehel oder der Mutter des nichtehel Kindes nicht erforderlich, weil diese bereits verstorben sind oder die Voraussetzungen des § 1747 Abs 4 vorliegen, so treten die Wirkungen des Abs 4 bereits dann ein, wenn das Kind mit dem Ziel der Annahme in die Obhut des Annehmenden aufgenommen wird (BT-Drucks 7/5087, 15; DIV-Gutachten ZfJ 1987, 459, 460).

b) Obhut des Annehmenden

30

Mit der Formulierung, daß das Kind „in die Obhut des Annehmenden aufgenommen“ sein muß, wollte der Gesetzgeber entsprechend § 1629 Abs 2 klarstellen, „daß das Kind nicht unbedingt in den Haushalt des Annehmenden aufgenommen sein muß. Muß es bspw wegen Krankheit oder körperlicher oder geistiger Behinderung noch einige Zeit in einem Krankenhaus oder in einem Heim bleiben, so tritt die Unterhaltspflicht der künftigen Annehmenden ein, wenn sie **die Verantwortung für das Kind übernehmen**“ (BT-Drucks 7/5087, 14).

Ist das Kind noch nicht in den Haushalt des Annehmenden aufgenommen, so muß **31** allerdings der für die „Inobhutnahme“ erforderliche Wille zur Übernahme der Verantwortung nach außen klar in Erscheinung treten (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 18). In der Praxis bereitet die Feststellung des Tatbestandsmerkmals der Inobhutnahme weniger Schwierigkeiten, als man zunächst anzunehmen geneigt ist, weil die Unterhaltspflicht nach Abs 4 S 1 erst entsteht, wenn auch die elterl Einwilligung wirksam erteilt oder gerichl ersetzt ist, das Kind zu diesem Zeitpunkt aber in aller Regel längst bei seinen künftigen Adoptiveltern lebt. Anlaß zu Zweifeln können Fälle geben, in denen eine elterl Einwilligung nicht erforderlich ist (oben Rz 29).

c) Adoptionsabsicht

32

Das Kind muß in die Obhut des Annehmenden **„mit dem Ziel der Annahme“** aufgenommen sein. Die Feststellung des entscheidenden Zeitpunktes kann schwierig sein, wenn bei einem Pflegeverhältnis der Entschluß zur Adoption erst später gefaßt wird. Allerdings kommt es auf diesen Zeitpunkt im allg nicht an, weil das Entstehen der Unterhaltspflicht nach Abs 4 zusätzlich die elterl Einwilligung in die Adoption erfordert. Wird diese Einwilligung erteilt, dürften spätestens zu dieser Zeit keine Zweifel mehr an der Adoptionsabsicht der Annehmenden bestehen. Ist allerdings die elterl Einwilligung in die Adoption nicht erforderlich (oben Rz 29), so kommt es entscheidend darauf an, wann der Entschluß zur Annahme gefaßt wurde. Ein förmlicher Adoptionsantrag gem § 1752 braucht jedenfalls nicht gestellt zu sein (hM, zB BRÜGGEMANN DAVorm 1978, 44, 46 u ZBlJugR 1982, 538, 549; OBERLOSKAMP 135 f; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 19; ERMAN-HOLZHAUER Rz 11; Münch-Komm-LÜDERITZ Rz 5; DIV-Gutachten ZfJ 1990, 531, 532; aA VG Münster DAVorm 1978, 40, 42). „Endgültig“ braucht die Adoptionsabsicht auch nicht in dem Sinne zu sein, daß sie unabhängig von künftigen Entwicklungen unverrückbar feststeht. Es ist ja gerade der Sinn einer Probezeit (§ 1744), von einem angestrebten Ziel auch wieder Abstand nehmen zu können (BRÜGGEMANN DAVorm 1978, 44, 46; DIV-Gutachten ZfJ 1985, 214, 215 u ZfJ 1987, 74). Erforderlich ist jedoch die **ernsthafte Absicht der Annahme, die nach außen hin klar zum Ausdruck gebracht werden muß**, naheliegenderweise durch Mitteilung gegenüber dem JugA oder dem

Vormund des Kindes (BRÜGGEMANN ZBIJugR 1982, 538, 549; OBERLOSKAMP 154, BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 19; SOERGEL-LIERMANN Rz 8; DIV-Gutachten ZfJ 1985, 245, 246).

33 3. Sonderfall der Stiefkindadoption

Der Fall einer angestrebten Stiefkindadoption ist in Abs 4 S 2 besonders geregelt, weil der mit dem Stiefelternteil verheiratete leibl Elternteil seine Elternrechte nicht preisgeben will (§ 1754 Abs 1), so daß es auch keinen Sinn ergäbe, diesen Elternteil aus seiner primären Unterhaltspflicht zu entlassen. Befindet sich das Kind in der Obhut der Ehegatten, und haben beide Eltern des ehel oder die Mutter des nichtehel Kindes ihre Einwilligung erklärt, so sind die Ehegatten dem Kind vor den Verwandten des Kindes, insbes vor dem nicht mit dem Stiefelternteil verheirateten leibl Elternteil zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet.

4. Sozialleistungen und Pflegegeld

34 a) Sozialleistungen

Eine ganze Reihe von Sozialleistungen knüpft an bestehende Unterhaltspflichten oder tatsächlich erbrachte Unterhaltsleistungen an. Wie sich § 1751 auf diese Sozialleistungen, insbes auf den Schutz des Kindes in der gesetzl Krankenversicherung auswirkt, war bei der Verabschiedung des AdoptG v 1976 nicht ausdiskutiert worden (vgl BT-Drucks 7/5087, 30). Etwa erforderliche gesetzl Änderungen oder Klarstellungen sollten einem späteren Ges vorbehalten bleiben (vgl BR-Drucks 304/76 u BT-Drucks 8/1495). Inzwischen ist dieses Ges zur Anpassung rechtl Vorschriften an das AdoptG (AdoptAnpG v 24. 6. 1985) ergangen (BGBl I 1144; Begründung BT-Drucks 10/1746, 11 ff). **Kinder, die sich in Adoptionspflege befinden** und deren Eltern in die Annahme eingewilligt haben, **werden** nunmehr hinsichtlich sozialer Leistungen – soweit dies nicht bereits vor Inkrafttreten des Ges der Fall war – **Adoptivkindern gleichgestellt**. Dies gilt zB für Kindergeld (§ 2 Abs 1 Nr 2 BKGG), Wohngeld (§ 4 Abs 1 WoGG), Familienkrankenhilfe (§ 10 Abs 4 S 2 SGB V, früher § 205 Abs 2 S 2 RVO), Renten (§ 1262 Abs 2 S 2 RVO, § 39 Abs 2 S 2 AVG), Versorgungsleistungen (§ 33 b Abs 2 S 2 BVG).

35 b) Pflegegeld

Pflegeeltern haben Anspruch auf Pflegegeld gem § 39 SGB VIII, sofern die leibl Eltern nach Erteilung der Pflegerlaubnis ihrer Unterhaltspflicht nicht nachkommen oder nachkommen können. Da Pflegegeld Unterhalt ist, dauert die Verpflichtung zur Zahlung von Pflegegeld an, solange die Annehmenden noch nicht unterhaltspflichtig sind. **Mit Beginn der Unterhaltspflicht nach Abs 4 erlischt somit der Anspruch auf Pflegegeld** (allgM; zur insoweit vergleichbaren Regelung des bis zum 1. 1. 1991 maßgebenden § 6 Abs 2 JWG s OVG Saarlouis DAVorm 1982, 905, 909; VG Münster DAVorm 1978, 40, 41 mAnm BRÜGGEMANN; DIV-Gutachten ZfJ 1987, 219).

5. Ende der Unterhaltspflicht des Annehmenden

a) Beendigungsgründe

36 aa) Ausspruch der Annahme als Kind

Kommt es zum Ausspruch der Annahme, so endet die Unterhaltspflicht gem § 1751 Abs 4. Der Annehmende ist nunmehr als Elternteil gem §§ 1754, 1601 ff unterhaltspflichtig.

aber de lege lata mit § 1751 Abs 4 S 1 nicht vereinbar (wie hier BRÜGGEMANN ZBJugR 1982, 538, 548 f; DIV-Gutachten ZfJ 1987, 459; 1989, 379 u 1990, 531, 532).

43 b) Regreßansprüche des Annehmenden

Hat ein Adoptionsbewerber Unterhalt geleistet, obwohl eine wirksame elterl Einwilligung nicht vorlag, oder leistet er trotz Wegfalls einer der Voraussetzungen des Abs 4 weiterhin Unterhalt, so steht ihm gegen die gesetzl unterhaltspflichtigen Eltern ein **Regreßanspruch nach §§ 683, 812** zu. In Betracht kommt für die gleiche Zeit auch ein Anspruch auf Pflegegeld gem § 39 SGB VIII (vgl DIV-Gutachten ZfJ 1986, 560, 561).

44 Ein Ersatzanspruch für den unter den Voraussetzungen des Abs 4 geleisteten Unterhalt kommt indessen selbst dann nicht in Betracht, wenn die Annahme gegen den Willen des Adoptionsbewerbers scheitert. Eine conditio sine causa (§ 812 Abs 1 S 1) scheidet aus, weil Unterhalt aufgrund einer bestehenden gesetzl Verpflichtung geleistet wurde. Eine conditio ob rem (§ 812 Abs 1 S 1 Alt 2) würde voraussetzen, daß das Zustandekommen der Adoption Zweck der Leistung war. Das ist nicht der Fall. Der Ausspruch der Annahme wurde zwar erwartet, war jedoch unsicher. Darüber waren sich die Pflegeeltern auch im klaren. Die gesetzl Unterhaltspflicht des Abs 4 findet ihre Rechtfertigung in der tatsächlichen Lebensgemeinschaft, nicht in einer späteren Adoption (heute allgM; vgl MünchKomm-LÜDERITZ Rz 10; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 25; BAER-GROSS 60; RUTHE FamRZ 1977, 30, 31 Fn 16; OLG Frankfurt FamRZ 1984, 312, 313; aA ROTH-STIELOW Rz 9).

§ 1752

Die Annahme als Kind wird auf Antrag des Annehmenden vom Vormundschaftsgericht ausgesprochen.

Der Antrag kann nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung oder durch einen Vertreter gestellt werden. Er bedarf der notariellen Beurkundung.

BT-Drucks 7/3061, 41 f, 74, 85; BT-Drucks 7/5087, 15.

Systematische Übersicht

I. Dekretsystem 1	V. Zwischenentscheidungen 20
II. Der Antrag	VI. Der Annahmebeschuß
1. Rechtsnatur 4	1. Inhalt 23
2. Rücknahme 5	2. Wirksamwerden und Bekanntmachung 28
III. Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts	a) Wirksamwerden 28
1. Internationale Zuständigkeit 8	b) Bekanntmachung 29
2. Sachliche Zuständigkeit 9	3. Unanfechtbarkeit und Unabänderlichkeit 30
3. Örtliche Zuständigkeit 10	a) Unanfechtbarkeit 30
4. Funktionelle Zuständigkeit 13	b) Unabänderlichkeit 32
IV. Die Ermittlungen 14	VII. Die Ablehnung der Annahme 34

8. Titel. Annahme als Kind

Alphabetische Übersicht

- Ablehnung der Annahme 34 ff
 - Rechtsmittel gegen 35 f
 - Bekanntmachung der 34
 - Wirksamwerden der 34
- Adoptionsantrag (siehe Antrag des Annehmenden)
- Adoptionspflege, Verlauf der 15
- Adoptionsvermittlungsstelle, gutachtliche Äußerung der 15
- Amtsermittlung durch das Vormundschaftsgericht 18
- Anhörungsrecht 15 ff
 - der Verwandten des Kindes oder des Annehmenden 17 f
 - des Jugendamts 15
 - des Kindes 16
 - im ausländischen Recht 17
- Annahmebeschluß 5, 13 f, 21 ff
 - Begründung des -es 23
 - Bekanntmachung des -es 29
 - Inhalt des -es 23 ff, 33
 - Unabänderlichkeit des -es 32 f
 - Unanfechtbarkeit des -es 13, 21, 30 f
 - Voraussetzungen für den 14, 22, 25
 - Wirksamwerden des -es 28
 - Zustellung des -es 5, 28
 - Zuständigkeit des Richters für den 13
- Antrag des Annehmenden 1, 4 ff
 - bedingter 4
 - Form 4
 - mit einer Zeitbestimmung verbundener 4
 - Rechtsnatur 4
 - Rücknahme 5 ff
 - Stellvertretung beim 4
- Aufenthalt, gewöhnlicher 8, 10 ff
 - Änderung nach Stellung des Adoptionsantrags 12
 - des Annehmenden 8, 10 ff
 - – kein inländischer 11 f
 - des Ehegatten des Annehmenden 8
 - des Kindes 8, 10 ff
- Auslandsadoption, Anerkennung einer 2, 8, 31
- Beischreibung zum Geburtseintrag durch den Standesbeamten 26
- Bekanntmachung 29, 34
 - der Ablehnung des Adoptionsantrags, Adressat der 34
 - des Adoptionsbeschlusses 29
 - – Adressat der 29
 - – Gefährdung des Inkognitos durch die 29
- Bestandskraft fehlerhafter Adoptionen 3
- Beurkundung 4, 7
 - notarielle 4
 - öffentliche 4, 7
- Dekretadoption, Anerkennung einer ausländischen 2
- Dekretsystem 1 f, 4
- Doppelwohnsitz des Annehmenden 11
- Entstehungsgeschichte 10, 13
- Ergänzungsbeschluß zum Annahmebeschluß 33
- Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhalts 14 ff
- Erwachsenenadoption 24 ff
- Form 4, 7, 28
 - der Bekanntmachung des Annahmebeschlusses 28
 - der Rücknahme des Antrags 7
 - des Antrags 4
- Gesetzesvorschriften, Angabe im Annahmebeschluß 24, 26, 33
- gutachtliche Äußerung 15
 - der Adoptionsvermittlungsstelle 15
 - des Jugendamts 15
- Inkognitoadoption 29
- Jugendamt 15
 - Anhörung des -s 15
 - gutachtliche Äußerung durch das 15
- Korrektur offenkundiger Unrichtigkeiten 33
- Kraftloswerden der Einwilligung 36
- Minderjährigenadoption 24 ff
- „Nachadoption“ eines Minderjährigen 25
- perpetuatio fori 12
- Rechtsentwicklung, internationale 1
- Rechtsordnungen, ausländische 17, 24
- Richtervorbehalt 13
- Staatsangehörigkeit 8, 11, 33
 - ausländische eines Adoptivelternteils 33
 - deutsche 8, 11
 - – des Annehmenden 8, 11
 - – des Ehegatten des Annehmenden 8
 - – des Kindes 8, 11

Standesbeamter, Beischreibung zum Geburtsurtrag durch den -n 26	Wirksamwerden des Adoptionsbeschlusses 28
Stiefkindadoption 20, 24	Wohnsitz 10 ff
Vertragsadoption, Anerkennung einer ausländischen 2	- Änderung nach Stellung des Adoptionsantrags 12
Vertragssystem 1 ff, 36	- des Annehmenden 10 ff
Verwandtenadoption 24	- - doppelter 11
Volljährigenadoption 24 ff	- - kein inländischer 11 f
Vorabentscheidung über die Wirksamkeit der Adoptionseinwilligung 21	- des Kindes 10 ff
Vormundschaftsgericht 8 ff, 24, 26	- verschiedener der annehmenden Ehepartner 11
- Abgabe des Annahmeverfahrens 12	
- amtswegige Sachverhaltsermittlung durch das 14 ff	Zustellung 5, 28, 34
- Zuständigkeit für den Ausspruch der Annahme 8 ff	- des Ablehnungsbeschlusses 34
- - funktionelle 13	- des Annahmebeschlusses 5, 28
- - internationale 8	Zwischenentscheidung des Vormundschaftsgerichts 21 f
- - konkurrierende 11 f	- über die gerichtliche Ersetzung der Einwilligung 22
- - örtliche 8, 10 ff	- über die Wirksamkeit der Einwilligung 21
- - sachliche 9	Zwischenverfügung des Vormundschaftsgerichts 20
- Zwischenentscheidung des -s 21 f	
- Zwischenverfügung des -s 20	

1 I. Dekretsystem

Die Vorschrift setzt an die Stelle des alten **Vertrags-** das sog **Dekretsystem**. Vor der Reform v 1976 kam die Adoption durch Vertrag zwischen Annehmendem und Anzunehmendem zustande, wobei allerdings der Vertrag nicht nur der vormundschaftsgerichtl Genehmigung bedurfte (§ 1751 aF), sondern auch gerichtl bestätigt werden mußte (§ 1741 S 2 aF). Näheres zum alten Recht vgl Voraufll § 1741 Rz 18 ff. Das neue Recht sieht in der Adoption einen staatlichen Hoheitsakt. Die alten auf einen Vertrag gerichteten Willenserklärungen von Annehmendem und Kind werden heute rechtl als Antrag des Annehmenden auf Ausspruch der Adoption (§ 1752) und Einwilligung des Kindes in die Annahme (§ 1746) qualifiziert. Das Vertragssystem widerspricht dem Verständnis der Adoption als eines Mittels der Fürsorge für hilfsbedürftige Kinder (aM BOSCH FamRZ 1984, 829, 838; GERNHUBER § 62 II 2). Kritik war insoweit schon in den Motiven zum BGB (Mot IV 1001) angeklungen, hatte sich vor und nach dem 2. Weltkrieg verstärkt (vgl Voraufll § 1755 Rz 30 ff; MünchKomm-LÜDERITZ Fn 3 mNachw) und hat inzwischen weltweit zu einer Verdrängung des Vertrags- durch das Dekretsystem geführt (Nachw BT-Drucks 7/3061, 24; BEGHÈ LORETI, L'adozione dei minori nelle legislazioni europee [Milano 1986] 3, 35 f; BOSCH FamRZ 1984, 829, 838).

- 2 Man sollte allerdings Dekret- und Vertragssystem nicht als unvereinbare Gegensätze verstehen. In allen Rechtsordnungen erfordert die Adoption neben der Zustimmung der Beteiligten auch die Mitwirkung staatlicher Stellen. Ob der entscheidende Akt des Zustandekommens der Adoption mehr im Vertragsrecht (verbunden mit einer staatlichen Kontrolle) oder in einem staatlichen Hoheitsakt (aber eben doch beruhend auf den Einwilligungserklärungen der Beteiligten) zu suchen ist, ist eine Frage der Gewichtung (vgl BOSCH FamRZ 1984, 829, 837 f; GERNHUBER § 62 II 1 u 2). Sie hat indessen praktische Bedeutung; denn die Anerkennung ausländischer Dekretadoptionen richtet sich nach § 16 a FGG idF d Ges zur Neuregelung des internationalen Privatrechts v 25. 7. 1986, während sich die Gültigkeit von Vertragsadoptionen nach Art 22 EGBGB (ebenfalls idF d Ges zur Neuregelung des internationalen Privatrechts v 25. 7. 1986) beurteilt. Das **EuAdopt-**

ÜbEink hat sich wohl zu Recht weder auf das Vertrags- noch auf das Dekretsystem festgelegt (JANSEN MittAGJJ 1967, 50, 52). Etwas anderes kann auch nicht aus Art 8, 9 herausgelesen werden, wo es heißt, daß die zuständige Behörde eine Annahme nur „aussprechen“ darf, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (vgl BT-Drucks 7/3061, 24).

Negativ hat sich früher das Vertragsdenken vor allem auf die **Bestandskraft fehlerhafter Adoptionen** ausgewirkt. So konnte der Annahmevertrag mit ex-tunc-Wirkung nichtig oder anfechtbar sein (§ 1755 aF); er konnte durch contrarius actus aufgehoben werden (§ 1768 aF), wobei allerdings der Aufhebungsvertrag vormundschaftsgerichtl genehmigt und gerichtl bestätigt werden mußte (§ 1770 aF). Allerdings hatte schon das alte Recht manche Härten des Vertragssystems durch Sonderregelungen gemildert (vgl §§ 1756, 1770 b Abs 1 S 2 aF). Insg hat das oft und mit Recht kritisierte Vertragssystem der Praxis jedoch weniger Kopfzerbrechen bereitet, als heute gemeinhin mit der wachsenden Distanz zur Gesetzesänderung v 1976 angenommen wird.

II. Der Antrag

1. Rechtsnatur

4

Der Antrag ist nach dem Übergang vom Vertrags- zum Dekretsystem **Verfahrendehandlung**. Das darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß er ebenso wie früher das „Vertragsangebot“ des Annehmenden eine **materiellrechtl Erklärung** beinhaltet, die sich qualitativ nicht von den Einwilligungserklärungen des Kindes, der Eltern und des Ehegatten in die Adoption (§§ 1746, 1747, 1749) unterscheidet. Es erleichtert deshalb durchaus das Verständnis, wenn dem Antrag nach § 1752 ebenso wie dem Antrag auf Ehelicherklärung rechtl eine Art **Doppelnatur** (Verfahrensantrag und materiellrechtl Willenserklärung) zuerkannt wird (so STAUDINGER-GÖPPINGER § 1723 Rz 10 mNachw). „Weil der Antrag auch die materiellrechtl Einwilligung zur Begründung des neuen Eltern-Kindverhältnisses enthält“ (so BT-Drucks 7/3061, 41 f), behandelt das AdoptG v 1976 den Antrag nach § 1752 und die Einwilligungen nach §§ 1746, 1747, 1749 rechtl weitgehend gleich:

(1) Der Antrag bedarf nach Abs 2 S 2 wie die Einwilligungserklärungen des Kindes, der Eltern und des Ehegatten nach § 1750 Abs 1 S 2 der **notariellen Beurkundung** (vgl auch BayObLG FamRZ 1983, 532; KEMPER DAVorm 1977, 153). Wegen dieser Gleichbehandlung und der entsprechenden Parallelregelung bei der Ehelicherklärung (§ 1730) erscheint de lege ferenda eine Kritik am Erfordernis der notariellen Beurkundung verfehlt (so aber MünchKomm-LÜDERITZ Rz 2 m Hinw; aA BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 3). Nachdem der Gesetzgeber entschieden hat, sollte man die fruchtlose Diskussion darüber, ob auch eine öffentliche Beurkundung durch das JugA genügen würde, einstellen.

(2) Der Antrag nach § 1752 ist ebenso **bedingungs- und zeitbestimmungsfeindlich** wie die Einwilligung des Kindes, der Eltern und des Ehegatten (§ 1752 Abs 2 S 1; § 1750 Abs 2 S 1).

(3) Beim Adoptionsantrag ist **Stellvertretung** ebensowenig zulässig wie bei der Einwilligung des Kindes, der Eltern und des Ehegatten (§ 1752 Abs 2 S 1; § 1750 Abs 3 S 1). Aus § 1753 Abs 2 folgt, daß sich das Vertretungsverbot nur auf die Erklärung des Antrags bezieht. Eingereicht werden kann der Antrag beim VormG durchaus durch einen Dritten, insb den Notar.

5 2. Rücknahme

Der Antrag kann nach allgemeinen fG-Grundsätzen **in jedem Stadium des Verfahrens** bis zum Wirksamwerden der Annahme, dh bis zur Zustellung des Annahmebeschlusses (§ 56 e S 2 FGG), zurückgenommen werden (vgl KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 56 e FGG Rz 2 a). § 1750 Abs 4 S 1 setzt die Möglichkeit der Zurücknahme ausdrücklich voraus. Einer gesetzl Klarstellung dahingehend, daß der Antrag nicht nur bis zum Ausspruch der Annahme, sondern bis zu dessen Wirksamwerden zurückgenommen werden kann, bedurfte es nicht (vgl BT-Drucks 7/3061, 74 und 85; BT-Drucks 7/5087, 15).

- 6 Daß der Antrag des Annehmenden zurückgenommen und die Einwilligung des wenigstens 14 Jahre alten Kindes widerrufen werden kann (§ 1746 Abs 2), steht nicht im Widerspruch zur Regelung des § 1750 Abs 2, wonach die Einwilligungen der Eltern und des Ehegatten unwiderruflich sind; denn die Herstellung eines künstlichen Kindschaftsverhältnisses ist nicht zu verantworten, wenn die Annehmenden oder das einwilligungsberechtigte Kind dies nicht (mehr) wünschen, während es durchaus sinnvoll erscheint, die Durchführung eines in die Wege geleiteten Adoptionsverfahrens nicht daran scheitern zu lassen, daß zustimmungsberechtigte Dritte ihre Meinung ändern.
- 7 Eine besondere **Form** ist für die Zurücknahme des Annahmeantrags ebenso wenig vorgesehen wie für die Zurücknahme eines Antrags auf Ehelicherklärung in den Fällen der §§ 1740 a, 1723 (vgl BayObLGZ 1982, 318, 321 f; GERNHUBER § 62 IV 4 in Fn 5; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 3 in Abweichung von der Voraufll; SOERGEL-LIERMANN Rz 4). Vor allem erscheint eine Analogie zu § 1746 Abs 2 S 2 nicht geboten (so aber ERMAN-HOLZHAUER Rz 3; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4): Wenn der Gesetzgeber für den Widerruf der Einwilligung eines 14 Jahre alten Kindes in die Annahme aus Gründen der Rechtsklarheit (BT-Drucks 7/3061, 35) und, um eine Beratung des Kindes zu gewährleisten (BT-Drucks 7/5087, 10), eine öffentliche Beurkundung vorschreibt, so braucht Gleiches nicht für die Rücknahme des Antrags der Annehmenden zu gelten.

III. Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts

8 1. Internationale Zuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte in Adoptionsangelegenheiten ist in § 43 b Abs 1 FGG geregelt. Abs 1 dieser Bestimmung ist durch Art 5 Nr 6 d Ges zur Neuregelung des internationalen Privatrechts v 25. 7. 1986 erstmals in § 43 b FGG eingefügt worden (Näheres RegE BT-Drucks 10/504, 94 f und KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 43 b FGG Rz 3 ff). Abs 1 regelt nunmehr die internationale Zuständigkeit selbständig neben der örtlichen und stellt vor allem klar, daß die in Abs 2–4 normierte örtliche Zuständigkeit **keine ausschließliche** internationale Zuständigkeit bewirkt, was bei der Anerkennung von Auslandsadoptionen nach § 16 a Nr 1 FGG zu unerträglichen Ergebnissen führen würde. Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ist nach § 43 b Abs 1 FGG immer gegeben, wenn der Annehmende, einer der annehmenden Ehegatten oder das Kind entweder Deutscher ist oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.

9 2. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit beurteilt sich nach § 35 FGG.

3. Örtliche Zuständigkeit

10

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich gem § 43 b Abs 2 FGG in erster Linie nach dem **Wohnsitz, hilfsweise dem Aufenthalt des Annehmenden**, nicht des Kindes. Der Gesetzgeber v 1976 hat sich, einer Anregung von BEITZKE (FamRZ 1976, 74, 75) folgend, gegen den RegE (BT-Drucks 7/3061, 58) ausgesprochen, der noch auf den Wohnsitz bzw Aufenthalt des Kindes abgestellt hatte. Das AG, in dessen Bezirk der Annehmende wohnt oder sich aufhält, kann wegen seiner Sachnähe besser über die Voraussetzungen einer Adoption entscheiden als das AG am Kindeswohnsitz, weil letzterer sich nach dem des Sorgerechtsinhabers bestimmt (§ 11 BGB) und vom Wohnsitz der Annehmenden, bei denen sich das Kind im allg bereits in Pflege befindet, verschieden sein kann (BT-Drucks 7/5087, 23; BEITZKE FamRZ 1976, 507 f; BISCHOF Jur Büro 1976, 1569, 1594 f).

Im einzelnen gilt: Maßgebend ist nach § 43 b Abs 2 FGG der **Wohnsitz, hilfsweise 11 der Aufenthalt des Annehmenden**. Hat der Annehmende einen Doppelwohnsitz, so besteht eine Wahlmöglichkeit nach Maßgabe von § 4 FGG. Nehmen Ehegatten mit verschiedenem Wohnsitz ein Kind an, so besteht ebenfalls nach dem klaren Gesetzeswortlaut („oder einer der Ehegatten“) eine konkurrierende Zuständigkeit. Fehlt es an einem inländischen Wohnsitz oder Aufenthalt, so führt die **deutsche Staatsangehörigkeit** wenigstens **eines der Annehmenden** zur Zuständigkeit des AG Schöneberg in Berlin-Schöneberg (§ 43 b Abs 3 S 1 FGG).

Hat der Annehmende oder einer der annehmenden Ehegatten im Inland weder Wohnsitz noch Aufenthalt, so ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das **Kind seinen Wohnsitz, hilfsweise seinen Aufenthalt** hat (§ 43 b Abs 4 S 1 FGG). Ist das **Kind Deutscher**, und hat es im Inland weder Wohnsitz noch Aufenthalt, so ist das AG Schöneberg in Berlin-Schöneberg zuständig (§ 43 b Abs 4 S 2 FGG).

Unklar ist die örtliche Zuständigkeit, **wenn ein deutsches Ehepaar ohne Wohnsitz 12 und Aufenthalt im Inland ein Kind mit Wohnsitz oder Aufenthalt im Inland annehmen will**. Der Wortlaut von § 43 b Abs 4 S 1 iVm Abs 3 FGG deutet auf eine konkurrierende Zuständigkeit des AG Schöneberg in Berlin-Schöneberg und des AG am Kindeswohnsitz hin (so MünchKomm-LÜDERITZ Rz 6 u ERMAN-HOLZHAUER Rz 5). KUNTZE (KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 43 b FGG Rz 12) meint, daß nur das AG Schöneberg in Berlin-Schöneberg nach Abs 3 zuständig sei, während DICKE-SCHIED (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 8; wohl auch BEITZKE FamRZ 1976, 507, 509) wegen der grds Subsidiarität von Abs 3 nur auf den Kindeswohnsitz nach Abs 4 abstellt. Da der Gesetzeswortlaut eine flexible Lösung erlaubt, sollte man der erstgenannten Auffassung den Vorzug geben. Ist das AG Schöneberg in Berlin-Schöneberg tätig geworden, so kann es die Sache aus wichtigen Gründen an ein anderes Gericht gem § 43 b Abs 3 S 2 FGG abgeben.

Eine Änderung von Wohnsitz oder Aufenthalt berührt nach der Stellung des Adoptionsantrags die einmal begründete Zuständigkeit des VormG nicht (Grundsatz der **perpetuatio fori**). Allerdings kann das Annahmeverfahren nach Maßgabe von § 46 FGG an ein anderes VormG abgegeben werden (BayObLGZ 1983, 210 = FamRZ 1984, 203).

4. Funktionelle Zuständigkeit

13

Über die „Bestätigung des Adoptionsvertrags“ hatte vor der Reform v 1976 der Rechtspfleger zu entscheiden (§ 3 Nr 2 b RPflG aF). Eine entsprechende Regelung sah der RegE auch für den Erlass des Adoptionsdekrets iS des heutigen § 1752 vor (BT-Drucks 7/3061, 41, 60). Der Gesetzgeber v 1976 folgte aber einer Empfehlung

des Bundesrats (BT-Drucks 7/3061, 79 f) und normierte in § 14 Nr 3 f RPfIG einen **Richtervorbehalt** – zu Recht: Der Erlaß des Adoptionsdekrets nach § 1752 ist einer der schwerwiegendsten gerichtl Eingriffe, die auf dem Gebiet des Familienrechts überhaupt denkbar sind, und der Adoptionsbeschluß ist darüber hinaus nach § 56 c S 3 FGG unanfechtbar. Eine Regelung, die anstelle der Zuständigkeit des Richters die des Rechtspflegers vorsehen würde, wäre erheblichen verfassungsrechtl Bedenken ausgesetzt (BT-Drucks 7/3061, 79 f; BT-Drucks 7/5087, 25; ENGLER FamRZ 1975, 125, 133; LÜDERITZ NJW 1976, 1865, 1869 f; aA MEYER-STOLTE Rpfleger 1975, 204 unter Hinw darauf, daß bis zur Reform v 1976 das gesamte Adoptionsverfahren unbeanstandet eine „Domäne des Rechtspflegers“ gewesen sei).

14 IV. Die Ermittlungen

Gegenstand der Ermittlungen sind die gesetzl **Voraussetzungen für den Erlaß des Adoptionsdekrets**. Dazu gehört (vgl das von BISCHOF Jur Büro 1976, 1569, 1598 f aufgestellte „Prüfungsschema“) insbesondere:

- (1) daß die erforderlichen Einwilligungen von Kind (§ 1746), Eltern (§ 1747 Abs 1) bzw nichtehel Mutter (§ 1747 Abs 2 S 1), Ehegatten (§ 1749) vorliegen oder gerichtl ersetzt wurden (§§ 1746 Abs 3, 1748, 1749 Abs 1 S 2);
- (2) daß der Vater des nichtehel Kindes gem § 51 Abs 3 SGB VIII über seine Rechte aus § 1747 Abs 2 S 2 u 3 belehrt wurde und keinen Antrag auf Ehelicherklärung oder Annahme des Kindes gestellt oder auf eine Antragstellung verzichtet hat (§ 1747 Abs 2 S 2-4);
- (3) daß den Alterserfordernissen des § 1743 genügt ist;
- (4) daß die Interessen bereits vorhandener Kinder des Annehmenden oder des Anzunehmenden einer Adoption nicht entgegenstehen (§ 1745);
- (5) daß die Annahme dem Wohl des Kindes dient und zu erwarten ist, daß zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht (§ 1741 Abs 1).

- 15 Vor allem zwecks Klärung dieser letztgenannten zentralen Adoptionsvoraussetzung des § 1741 Abs 1 hat das Gericht nach § 56 d S 1 FGG eine **gutachtliche Äußerung der Adoptionsvermittlungsstelle** darüber einzuholen, ob das Kind und die Familie des Annehmenden für die Annahme geeignet sind. Ist keine Adoptionsvermittlungsstelle tätig geworden, so ist eine **gutachtliche Äußerung des JugA** oder irgendeiner Adoptionsvermittlungsstelle einzuholen (§ 56 d S 2 FGG). Soweit das JugA sich nicht bereits nach § 56 d FGG geäußert hat, ist es nach § 49 Abs 1 Nr 1 m FGG zu hören. In Fällen mit Auslandsberührung (§ 11 Abs 1 Nr 2 und 3 Adopt-VermG) ist außerdem die zentrale Adoptionsstelle oder das LandesjugA nach § 49 Abs 2 FGG zu hören. Die Berichte der genannten Stellen werden sich weitgehend am Verlauf der **Adoptionspflege** (§ 1744) orientieren, ggf müssen sie Aufschluß darüber geben, warum eine Probezeit für entbehrlich gehalten wurde.
- 16 Ferner ist nach § 55 c iVm § 50 b FGG das mindestens 14 Jahre alte **Kind zu hören**, wenn nicht schwerwiegende Gründe (§ 50 b Abs 3 S 1 FGG) entgegenstehen. Gleiches gilt für jüngere Kinder, wenn die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind oder der unmittelbare Eindruck von dem Kind zur Feststellung des Sachverhalts angezeigt ist (§ 50 b Abs 1 FGG).
- 17 Weitere **förmliche Anhörungsrechte** kennt das deutsche Recht nicht. So zurückhaltend das materielle Recht mit der Gewährung von Einwilligungsrechten für die Verwandten von Annehmendem und Anzunehmendem (insb Großeltern, Geschwister) ist, so restriktiv reagiert – konsequenterweise – auch das Verfahrensrecht bei

der Zuerkennung von Anhörungsrechten. Das schließt allerdings nicht aus, daß auch ohne ausdrückliche gesetzl Regelung Anhörungsrechte aus materiellrechtl Bestimmungen entwickelt werden, soweit diese den Schutz bestimmter Personen bezwecken (zum Anhörungsrecht des nichtehel Vaters vgl § 1747 Rz 14 f; zum Anhörungsrecht der Kinder des Annehmenden und des Anzunehmenden vgl § 1745 Rz 22 ff). Das mit Blick auf die aus Eltern und Kindern bestehende Kleinfamilie konzipierte deutsche Adoptionsrecht steht mit der eingeschränkten Anerkennung von Einwilligungs- und Anhörungsrechten in einem auffallenden Gegensatz zu den romanischen Rechten, wo die Interessen der Verwandten des Annehmenden und Anzunehmenden sowohl materiell- als auch verfahrensrechtl stärker abgesichert sind (*Belgien* Art 8 d Ges v 27. 4. 1987, *Portugal* Art 1981 d Cc, *Frankreich* Art 348-2 Cc).

Das Fehlen besonderer Anhörungsrechte ändert allerdings nichts daran, daß das **18** VormG im Rahmen des **Amtsermittlungsgundsatzes** (§ 12 FGG) nach pflichtgemäßem Ermessen berechtigt und verpflichtet ist, auch Angehörige des Annehmenden zu hören, mit denen das Kind in häuslicher Gemeinschaft leben wird, oder deren besondere Milieukennntnis für die Beurteilung des Kindeswohls wichtig ist. Das Gericht kann im Einzelfall auch psychologische Gutachten einholen, um die Stabilität eines zukünftigen Eltern-Kind-Verhältnisses besser beurteilen zu können – wobei dann allerdings diese Anordnung nicht selbständig mit der Beschwerde angefochten werden kann (LG Hannover DAVorm 1977, 759).

Bleiben trotz Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten **Zweifel, ob die An-** **19**
nahme dem Wohl des Kindes dient, oder ob zu erwarten ist, daß zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht, so hat die Adoption zu unterbleiben. Nach früherem Recht war die Rechtslage insofern anders, als § 1754 aF nicht positiv die Erwartung verlangte, daß ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht, sondern negativ eine Bestätigung des Adoptionsvertrags nicht gestattete, wenn begründete Zweifel daran bestanden, daß durch die Annahme ein dem Eltern-Kind-Verhältnis entsprechendes Familienband hergestellt würde. Die Standardformel der früheren Rspr (BGH FamRZ 1957, 126 = NJW 1957, 673; BayObLGZ 1952, 17; wNachw Vorauf § 1754 Rz 34), daß begründete Zweifel auch dann bestehen, „wenn die für und gegen eine derartige Absicht der Beteiligten sprechenden Umstände gleich schwer wiegen“, führt zwar nach neuem Recht gerade noch zum richtigen Ergebnis, wird aber der veränderten Gesetzeslage vom Ansatz her nicht mehr gerecht.

V. Zwischenentscheidungen

20

Zwischenverfügungen sind bei einer Entscheidung nach § 1752 wie in anderen fG-Verfahren auch (vgl KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 19 FGG Rz 6 f) grds zulässig und selbständig mit der Beschwerde angreifbar. Eine solche Zwischenverfügung liegt zB vor, wenn die Annahme eines nichtehel Kindes bis zur Feststellung der Vaterschaft ausgesetzt wird (LG Stuttgart FamRZ 1978, 147; zur Problematik näher bei § 1747 Rz 43), oder wenn die Annahme eines nichtehel Kindes durch seinen Stiefvater davon abhängig gemacht wird, daß dieser dem Gericht den ihm über die Mutter bekannten Erzeugernamen nennt (KG OLGZ 1978, 257 = DAVorm 1978, 788 gegen die Vorinstanz LG Berlin FamRZ 1978, 148). Die Aufforderung des VormG an den Antragsteller, „Adoptionseignungsatteste“ oder Einkommensnachweise zu liefern oder den Erzeuger des Kindes namhaft zu machen (so LG Berlin FamRZ 1976, 148), stellt allerdings dann keine Zwischenverfügung dar, wenn sie lediglich

der Beweiserhebung (§ 12 FGG) dient, ohne mit der Ankündigung verbunden zu sein, daß bei Untätigbleiben des Antragstellers der Antrag abgelehnt werde (so zutr KG OLGZ 1978, 257 = DAVorm 1978, 788).

- 21 Zwar nicht um eine Zwischenverfügung, wohl aber auch um eine **Zwischenentscheidung** (zur Terminologie: HABSCHIED § 23 I 1) handelt es sich, wenn ein VormG nach der Stellung eines Annahmeantrags **vorab über die Wirksamkeit einer erforderlichen Einwilligung in die Adoption** entscheidet (ein solches Verfahren wurde abgelehnt von LG Duisburg DAVorm 1980, 227 m krit Anm SCHULTZ 230 ff). Hier stellt sich zunächst die Frage, ob über die Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit einer solchen Einwilligungserklärung überhaupt selbständig, ggf auch vor der Einleitung des Adoptionsverfahrens entschieden werden kann. Mit der wohl überw Ansicht in Rspr u Lit ist diese Frage zu bejahen (OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1095; OLG Hamm OLGZ 1987, 129 = NJW-RR 1987, 260 = Rpfleger 1987, 65; OLG Frankfurt FamRZ 1981, 206; LG Frankenthal DAVorm 1981, 489; vgl auch BVerfGE 78, 201, 202 = MDR 1988, 831 = DAVorm 1988, 689, 690; Fall in DIV-Gutachten ZfJ 1986, 309; SCHULTZ DAVorm 1980, 230 ff; MünchKomm-LÜDERITZ § 1750 Rz 16; SOERGEL-LIERMANN § 1750 Rz 9; aA LG Duisburg DAVorm 1980, 227; wohl auch PALANDT-DIEDERICHSEN § 1750 Anm 1 aE): Wenn eine Kindesmutter *nach* erfolgter Adoption deren Aufhebung gem § 1760 verlangen kann, muß ihr auch *vor* Erlaß des Adoptionsdekrets Rechtsschutz zuteil werden. *Nach* der Stellung eines Annahmeantrags besteht allerdings für das VormG die grds Pflicht, bei Entscheidungsreife über den Annahmeantrag und damit inzidenter auch über die Wirksamkeit der Einwilligungserklärung zu entscheiden. Es fragt sich jedoch, ob hier nicht vor dem Ausspruch der Annahme wegen deren weitreichender Folgen eine Vorabentscheidung über die Wirksamkeit der Einwilligungserklärung deshalb sinnvoll erscheint, weil der Kindesmutter so eine selbständige Beschwerdemöglichkeit verschafft und nicht in Anbetracht der Unanfechtbarkeit des Annahmebeschlusses ein späteres Aufhebungsverfahren nach § 1760 provoziert wird. Die Interessenlage ähnelt der bei Erlass eines Vorbescheides in Erbscheinssachen. Dort läßt die Rspr bekanntlich sog Vorbescheide (= selbständig anfechtbare „Ankündigungsentscheidungen“) wegen der gefährlichen Folgen einer Erbscheinerteilung zu, falls die Erbfolge umstritten und die Rechtslage zweifelhaft ist (vgl BGHZ 20, 255; HABSCHIED § 55 III 3 mNachw). Trotz der grds abl Haltung der Rspr gegenüber Vorbescheiden in vormundschaftsgerichtl Verfahren (BayObLGZ 1958, 171 = JZ 1958, 542 mAnm BAUR; BayObLG FamRZ 1983, 92) erscheint eine Vorabentscheidung über die Wirksamkeit der Einwilligung entgegen LG Duisburg (DAVorm 1980, 227) nicht nur zweckmäßig (vgl insbes auch § 1750 Rz 13), sondern auch notwendig.
- 22 Um eine selbständig anfechtbare Zwischenentscheidung handelt es sich auch, wenn die elterl **Einwilligung** gem § 1748, die Einwilligung oder Zustimmung des Pflegers oder Vormundes gem § 1746 Abs 3 oder die Einwilligung des Ehegatten gem § 1749 Abs 1 S 2 **gerichtl ersetzt** wird. Durch die ausdrückliche Erklärung, daß diese Entscheidungen erst mit der Rechtskraft wirksam werden (§ 53 Abs 1 S 2 FGG), ist die Anfechtbarkeit mit der sofortigen Beschwerde (§ 60 Abs 1 Nr 6 FGG) gegeben. Da bis zur rechtskräftigen Entscheidung eine wesentliche Adoptionsvoraussetzung fehlt, kann die Annahme nicht vor Rechtskraft des Ersetzungsverfahrens ausgesprochen werden (vgl OLG Celle DAVorm 1978, 383; BISCHOF Jur Büro 1976, 1569, 1593).

VI. Der Annahmebeschuß

1. Inhalt

23

Liegen die Voraussetzungen für die Kindesannahme vor, so hat das VormG die Annahme auszusprechen. Der Tenor des Beschlusses lautet dann etwa: „Der am ... in ... geborene A wird von den Eheleuten B, wohnhaft in ... als Kind angenommen.“ (Beispiele eines Adoptionsbeschlusses mit Gründen bei FIRSCHING Rz F 123 u WEIRICH, FG [1981] § 23 IV 2). Wegen seiner einschneidenden Folgen bedarf der Beschluß einer **Begründung** (zum Begründungszwang bei Entscheidungen der fG vgl KEIDEL-KUNTZE-WINKLER Vorbem §§ 8–18 FGG Rz 17–19). Außerdem verlangt § 56 e S 1 HS 1 FGG die Angabe, „auf welche Gesetzesvorschriften sich die Annahme gründet“. Weiter ist in dem Beschluß anzugeben, wenn die Einwilligung eines Elternteils nicht für erforderlich gehalten wurde (§ 56 e S 1 HS 2 FGG). Die Angaben gem § 56 e S 1 FGG können in den Tenor oder in die Begründung des Beschlusses aufgenommen werden (vgl BT-Drucks 7/3061, 79).

Die Regelung des § 56 e S 1 HS 1 FGG, nach der im Annahmebeschuß die **Gesetzesvorschriften** anzugeben sind, **auf die sich die Annahme gründet**, ist vom Reformgesetzgeber für notwendig erachtet worden, weil die Wirkungen der Annahme verschieden sind, je nachdem, ob es sich um eine Minderjährigenvolladoption (§ 1754), eine Stiefkind- oder Verwandtenadoption iS d § 1756, eine Erwachsenenadoption mit den allgemeinen Wirkungen des § 1770 oder mit den besonderen Wirkungen einer Minderjährigenadoption nach § 1772 handelt. Allerdings ist auch bei ungenauen oder unzutreffenden Gesetzesangaben eine Feststellung der konkreten Adoptionswirkungen jederzeit möglich; denn bei der Minderjährigenadoption stehen die Wirkungen der Kindesannahme immer fest: Sie ist entweder Volladoption oder unter den Voraussetzungen des § 1756 einfache Adoption mit gesetzl unmißverständlich vorgegebenen Wirkungen. Eine Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Adoptionstypen ist dem deutschen Recht (anders die romanischen Rechtsordnungen nach dem Vorbild Frankreichs) fremd. Die Wirkungen einer Erwachsenenadoption ergeben sich grds aus § 1770, es sei denn, das VormG hat auf Antrag ausdrücklich gem § 1772 bestimmt, daß die Adoptionswirkungen der §§ 1754–1756 maßgebend sind. 24

Obwohl sich die Wirkungen einer Minderjährigenadoption grds aus dem Ges selbst und nicht aus den nach Maßgabe des § 56 e FGG im Beschluß (möglicherweise unzutreffend) zitierten Bestimmungen ergeben, hat das BayObLG (BayObLGZ 1986, 155, 159 f = StAZ 1986, 318, 319) in einem Sonderfall, in dem ein Minderjähriger rechtsirrtümlich als Erwachsener nach §§ 1767 ff adoptiert worden war (ein 18jähriger Grieche war nach seinem Heimatrecht noch nicht volljährig), entschieden, daß die (objektiv vorliegende) Minderjährigenadoption nur die Wirkungen einer Erwachsenenadoption nach § 1770 haben könne. Lägen allerdings die Voraussetzungen einer Minderjährigenadoption (zB Einwilligung der Eltern) nicht vor, so komme eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses nach § 1760 in Betracht. Ob andernfalls die Möglichkeit besteht, nachträglich die (eigentlichen) Wirkungen einer Minderjährigenadoption iS einer Volladoption herbeizuführen, läßt die Entscheidung offen. LÜDERITZ (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 12) hält eine „Nachadoption analog § 1772“ für zulässig, ein zwar wünschenswerter, aber doch bedenklicher Korrekturversuch, weil § 1772 (für die Erwachsenenadoption) eine nachträgliche Änderung der Adoptionswirkungen gerade nicht gestattet. – Wurde umgekehrt ein Volljähriger nach den Vorschriften über die Minderjährigenadoption angenommen, so bleibt die Adoption als Minderjährigenadoption wirksam und ist als solche vom Standesbeamten beizuschreiben (AG Kempten StAZ 1990, 108). 25

26 Die Diskussion über die Frage, welche gesetzl Bestimmungen gem § 56 e S 1 HS 1 FGG anzuführen sind (vgl MERGENTHALER StAZ 1977, 292), hat praktische Bedeutung vor allem für die Arbeit der Standesbeamten, die entsprechend der Regelung des § 56 e FGG bei der **Beischreibung zum Geburtseintrag** im Randvermerk anzugeben haben, auf welche Gesetzesvorschrift sich die Annahme gründet (vgl §§ 300–302 Dienstanweisung). Die diesbezügl Angaben sind dem Annahmebeschuß zu entnehmen. OLG Karlsruhe (DAVorm 1978, 787, 788 = StAZ 1979, 71, 72 mAnm KOLLNIG) läßt offen, ob es im Falle der Adoption eines familienfremden Minderjährigen durch ein Ehepaar notwendig ist, die §§ 1754 Abs 1 u 1755 Abs 1 beizuschreiben, scheint aber mit dem Hinw auf den „beschränkten Platz am Rande des Geburtseintrags“ diese Frage tendenziell eher zu verneinen (so auch ausdrücklich AG Bielefeld StAZ 1978, 331, 332). Notwendig dürfte der Hinw auf die §§ 1754, 1755 bei einer Minderjährigenadoption und auf § 1770 bei einer Volljährigenadoption nicht sein, wohl aber zweckmäßig. Nach Ansicht des BayObLG (BayObLGZ 1985, 251 = StAZ 1985, 334; ebenso schon früher LOBENSTEINER StAZ 1980, 256) ist ein Randvermerk nicht einmal dann unvollständig (und daher zu berichtigen), wenn überhaupt keine Gesetzesvorschriften angeführt werden, sich die für die Personenstandsänderung des Angenommenen wesentlichen Umstände aber aus dem Wortlaut des Randvermerks ergeben. Folgt man dieser Meinung, dann ist im Hinblick auf die Adoptionswirkungen ein Hinw auf gesetzl Vorschriften nur noch dann unabdingbar, wenn das VormG bei der Erwachsenenadoption eine Bestimmung nach § 1772 getroffen hat. Selbst die Rechtsfolgen des § 1756 könnten aus dem Text der Eintragung ermittelt werden.

27 Was die Notwendigkeit anbelangt, nach § 56 e S 1 HS 2 FGG im Annahmebeschuß anzugeben, ob die Einwilligung eines Elternteils nach § 1747 Abs 4 nicht für erforderlich erachtet wurde, so heißt es in der Begründung der vom BR vorgeschlagenen Ergänzung des RegE (BT-Drucks 7/3061, 79):

„Ob die Voraussetzungen des § 1747 Abs 4 vorliegen, (ist) von großer Tragweite, weil auf eine falsche Beurteilung dieser Frage eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses nicht gestützt werden kann (§ 1760 Abs 4 S 1 BGB idF des E). Um bei einem etwaigen Aufhebungsantrag zweifelsfrei feststellen zu können, ob die Einwilligung eines Elternteils deshalb nicht eingeholt wurde, weil die Voraussetzungen des § 1747 Abs 4 BGB für gegeben erachtet wurden, ist es erforderlich, dies im Adoptionsbeschluß festzuhalten.“

Obwohl im später Ges gewordenen § 1760 Abs 5 dann doch – wenn auch mit Einschränkungen – die Möglichkeit einer Aufhebung des Annahmeverhältnisses im Falle einer unzutr Bejahung der Voraussetzungen des § 1747 Abs 4 vorgesehen wurde (BT-Drucks 7/5087, 19f), ist die ursprüngl vorgesehene Fassung des § 56 e S 1 HS 2 FGG nicht mehr geändert worden.

2. Wirksamwerden und Bekanntmachung

28 a) Wirksamwerden

§ 56 e S 2 FGG idF d AdoptG 1976 übernimmt bzgl des Wirksamwerdens des Beschlusses die frühere Regelung des § 67 Abs 1 für den Beschluß über die Bestätigung des Annahmevertrags, ergänzt diese jedoch in der Weise, daß die Wirksamkeit nur bei Bekanntmachung durch **Zustellung** eines schriftlich abgefaßten Beschlusses (§ 16 Abs 2 S 1 FGG) an den Annehmenden eintritt (vgl BT-Drucks 7/3061, 59). Eine bloße Bekanntmachung nach § 16 Abs 2 S 2 oder Abs 3 FGG genügt also nicht. Bei der Annahme durch ein Ehepaar tritt die Wirksamkeit erst ein, wenn der Beschluß beiden Eheleuten zugestellt ist. Nimmt ein Ehegatte das

Kind des anderen an, so kommt es auf die Zustellung an den Annehmenden an. Für den Eintritt der Wirksamkeit ist es ohne Bedeutung, ob der Beschluß gem § 16 Abs 2 S 2 oder Abs 3 FGG anderen Beteiligten bekanntgemacht wird oder nicht.

b) Bekanntmachung

29

Nach allg Grundsätzen der fG ist der Beschluß **den unmittelbar Betroffenen** nach § 16 Abs 2 S 2 oder Abs 3 FGG **bekanntzumachen**. Unmittelbar betroffen sind alle Beteiligten, denen das Ges wegen der durch die Adoption angestrebten Änderung des Statusverhältnisses ein Einwilligungsrecht zuerkennt, auch der Vater eines nichtehel Kindes. Diesem wurde in § 1747 Abs 2 ein förmliches Einwilligungsrecht nur deshalb versagt, weil der Gesetzgeber der (irrigen) Ansicht war, Ehelicherklärung und Adoption des eigenen Kindes seien der einzige und richtige Weg, personenrechtl Vater-Kind-Beziehungen zu begründen. Die Praxis scheint der hier vertretenen Ansicht zu folgen, wonach auch der Vater des nichtehel Kindes Bekanntmachungsadressat ist (vgl FIRSCHING Rz F 124); zu weitgehend ROTH-STIELOW Rz 9 (Bekanntmachung an alle Anhörungsberechtigten); zu eng MünchKomm-LÜDERITZ Rz 16 u BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 21, soweit dort zum Nachteil des nichtehel Vaters auf das Bestehen eines Einwilligungsrechts abgehoben wird. Nicht recht verständlich ist es, wenn KUNTZE (KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 56 e FGG Rz 18; ähnl ERMAN-HOLZHAUER § 1752 Rz 13) als Bekanntmachungsadressaten neben dem Annehmenden nur den Anzunehmenden ansieht). Das **Inkognito** braucht jedenfalls durch die Bekanntmachung des Annahmebeschlusses nicht gefährdet zu werden. So genügt es, wenn der den weiteren Beteiligten mitgeteilte Tenor etwa folgendermaßen lautet: „Der am ... in ... geborene A wird von den in der Adoptionsliste des Stadtjugendamtes M unter Nr ... geführten Eheleuten als Kind angenommen.“ Auch die Gründe können von vornherein so abgefaßt werden, daß sie unverändert auch den leibl Eltern mitgeteilt werden können (Beispiel eines solchen Beschlusses bei FIRSCHING Rz F 123; vgl auch BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 21). Wird im Falle einer Inkognitoadoption mit dem Ausspruch der Annahme der Vorname des Kindes geändert (oder eine sonstige Namensänderung iS d § 1757 Abs 2 vorgenommen), so ist dieser Teil des Beschlusses den Beteiligten, denen gegenüber das Inkognito gewahrt werden soll, nicht mitzuteilen (vgl MünchKomm-LÜDERITZ Rz 11).

3. Unanfechtbarkeit und Unabänderlichkeit

a) Unanfechtbarkeit

30

Der Beschluß, durch den das Gericht die Annahme als Kind ausspricht, ist nach § 56 e S 3 HS 1 FGG unanfechtbar. Damit wird die in Statussachen für alle Beteiligten notwendige Klarheit geschaffen. Verfahrens- oder materiellrechtl Fehlern kann grds nur noch unter den engen Voraussetzungen der §§ 1759 ff (**Aufhebung des Annahmeverhältnisses**) Rechnung getragen werden. Zu den Versuchen, diese klare Wertung des Gesetzgebers durch den Rekurs auf andere verfahrensrechtl Instrumentarien (Verfassungsbeschwerde; Beschwerde wegen „greifbarer Gesetzeswidrigkeit“; Gegenvorstellung; Wiederaufnahme) zu unterlaufen, vgl § 1759 Rz 9 ff. Voraussetzung des § 56 e S 3 FGG ist selbstverständlich, daß der **Annahmebeschuß** nicht etwa **nichtig** ist (vgl dazu § 1759 Rz 5 ff). § 56 e S 3 HS 1 FGG entspricht der früheren Regelung des § 67 Abs 3 FGG, wonach der Beschluß, durch den das Gericht einen Annahmevertrag bestätigte, ebenfalls unanfechtbar war (vgl dazu Voraufll § 1754 Rz 69 ff).

31 Aus § 56 e S 3 HS 1 FGG folgt, daß auch ein Beschluß des Beschwerdegerichts, der die Versagung der Annahme aufhebt und die Annahme ausspricht, nicht mit der weiteren Beschwerde angefochten werden kann. Dagegen bestehen erhebliche Bedenken gegen die allg vertretene Ansicht, unanfechtbar sei auch ein Beschluß des VormG, durch den festgestellt werde, daß der Annahme ein bestimmtes Hindernis nicht entgegenstehe (KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 56 e FGG Rz 24 mHinw auf KG FamRZ 1957, 184; vgl auch VoraufI § 1754 Rz 71 mNachw zum alten Recht) bzw ein Beschluß des Beschwerdegerichts, durch den ein abl Beschluß des VormG aufgehoben und dieses angewiesen werde, den Ausspruch der Annahme nicht aus dem von ihm angegebenen Grund zu versagen (KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 56 e FGG Rz 24; BUMILLER-WINKLER § 56 e FGG Anm 4; VoraufI § 1754 Rz 71; OLG Celle NdsRpfl 1953, 221; OLG Köln ZBJugR 1962, 298; OLG Hamm OLGZ 1965, 365 – alle Entscheidungen zum alten Recht); denn durch die Unanfechtbarkeit von Annahmebeschlüssen soll nicht das Annahmeverfahren beschleunigt und dadurch der Rechtsschutz von Beteiligten verkürzt, sondern vielmehr erreicht werden, daß einer einmal ausgesprochenen Adoption im Interesse der Beteiligten, vor allem des Kindes und seiner neuen Eltern, der notwendige Bestandsschutz zuteil wird. Weiter steht § 56 e S 3 HS 1 FGG nicht der Anfechtbarkeit von Annahmebeschlüssen im Wege, soweit in diesen ein Antrag auf **Änderung des Kindesnamens** (§ 1757 Abs 2) oder auf **Bestimmung von Adoptionswirkungen** nach Maßgabe des § 1772 abgelehnt wurde (vgl dazu § 1757 Rz 32, 45 und § 1772 Rz 11). – Da das geltende Recht bei **Auslandsadoptionen** anders als bei Auslandsscheidungen kein förmliches Anerkennungsverfahren mit Wirkung erga omnes kennt, kann eine dessen ungeachtet ausgesprochene Anerkennung nicht „analog § 56 e FGG“ unanfechtbar sein (so aber LG Ravensburg StAZ 1984, 39 mAnm KÖNGEN).

32 b) Unabänderlichkeit

Nach § 56 e S 3 HS 2 FGG ist der Annahmebeschuß abweichend vom Grundsatz des § 18 Abs 1 FGG unabänderlich, und zwar sowohl für das Gericht, das ihn erlassen hat, als auch für die Beschwerdeinstanz. Die Unabänderlichkeit tritt schon **mit dem Erlaß**, nicht erst mit der Zustellung (§ 56 e S 2 FGG) ein (zu der insoweit unveränderten Rechtslage vgl VoraufI § 1754 Rz 75).

33 Der Grundsatz der Unabänderlichkeit steht der **Korrektur offenerbarer Unrichtigkeiten** nach allg Grundsätzen (§ 319 ZPO analog) nicht im Wege. Er hindert auch nicht, daß die nach § 56 e S 1 FGG im Annahmebeschuß erforderlichen Angaben, die zunächst unterblieben sind, später nachgeholt werden (vgl BayObLGZ 1986, 57, 59 = FamRZ 1986, 719, 720; KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 56 e FGG Rz 27). Darüber hinaus ist die Änderung angeführter gesetzl Bestimmungen unzulässig; das gilt insbes dann, wenn in einem Annahmebeschuß lediglich Bestimmungen des deutschen Adoptionsrechts zitiert wurden, obwohl (kumulativ) wegen der ausländischen Staatsangehörigkeit eines Adoptivelternteils auch ausländische Bestimmungen hätten angeführt werden müssen (vgl LG Stuttgart StAZ 1984, 247). Der Unabänderlichkeit steht es außerdem nicht entgegen, wenn Entscheidungen, die im Falle eines rechtzeitig gestellten Antrags nach § 1757 Abs 2 im Adoptionsbeschluß hätten getroffen werden müssen, später in einem Ergänzungsbeschluß nachgeholt werden (Näheres dazu § 1757 Rz 33, 46). Zur selbständigen Anfechtbarkeit namensrechtl Entscheidungen gem § 1757 vgl § 1757 Rz 32, 45.

34 VII. Die Ablehnung der Annahme

Der Beschluß, durch den die Annahme als Kind abgelehnt wird, wird gem § 16 Abs 1 FGG **mit der Bekanntmachung an den Annehmenden**, im Falle des § 1753 Abs 2 mit derjenigen an das Kind und im Falle des § 1768 Abs 1 mit der Bekannt-

machung an den Annehmenden und den Anzunehmenden **wirksam**. Eine förmliche Zustellung ist nicht vorgeschrieben und nach § 16 Abs 2 S 1 FGG auch nicht geboten, weil mit der Bekanntmachung nicht der Lauf einer Frist beginnt. Wie der Annahmebeschuß ist auch die Ablehnung der Annahme den weiteren Beteiligten bekannt zu machen (vgl dazu Rz 29). Diese Bekanntmachung hat indessen auf das Wirksamwerden der Entscheidung keinen Einfluß.

Der Beschluß, durch den die Annahme abgelehnt wird, ist nach der allg Regel des **35** § 19 FGG mit der **einfachen Beschwerde** anzufechten. Beschwerdeberechtigt ist nach § 20 Abs 2 FGG nur der Antragsteller, im Falle des § 1752 Abs 1 also nur der oder die Annehmenden, und im Falle des § 1768 Abs 1 der Annehmende und der Anzunehmende. Das Beschwerderecht des Kindes ist durch die Reform v 1976 entfallen (vgl BT-Drucks 7/3061, 59), eine vernünftige Lösung, weil ein selbständiges Beschwerderecht des Kindes diesem in der Sache nichts nützt, wenn die Annehmenden nicht gewillt sind, von ihrem Beschwerderecht Gebrauch zu machen. Daß das fehlende Beschwerderecht des Kindes im Rahmen des § 1753 zu Schwierigkeiten führt, ist eine andere Frage (vgl dazu § 1753 Rz 5).

Nach altem Recht (§ 68 FGG) konnte der Beschluß, durch den das Gericht die **36** Bestätigung eines Annahmevertrags versagte, nur mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden. Als Grund für diese (alte) Regelung wurde angeführt, daß der „vertragliche Schwebezustand“, der durch die anfechtbare Bestätigung gegeben war, alsbald beseitigt werden sollte (vgl BT-Drucks 7/3061, 59). Die Auffassung des Reformgesetzgebers, daß mit der Abschaffung des Vertragssystems die Notwendigkeit einer § 68 FGG entsprechenden Vorschrift entfallen sei (BT-Drucks 7/3061, 59), trifft indessen nicht zu; denn nach § 1750 Abs 4 S 1 verlieren die dort genannten Einwilligungserklärungen ihre Kraft, wenn „die Annahme versagt wird“. Um hinsichtlich des Kraftloswerdens der Einwilligungserklärungen alsbald Klarheit zu gewinnen, hätte die Beibehaltung der sofortigen Beschwerde wohl doch nahegelegen (so BASSENGE JR 1976, 187; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 23). Nachdem der Gesetzgeber jedoch entschieden hat, kann ein **Kraftloswerden der Einwilligungserklärungen** (§ 1750 Abs 4 S 1) nicht schon dann bejaht werden, wenn „die einfache Beschwerde nicht innerhalb der für die sofortige Beschwerde vorgesehenen Frist eingelegt wird“ (so aber MünchKomm-LÜDERITZ Rz 18; ERMAN-HOLZHAUER Rz 19; abl BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 23; SOERGEL-LIERMANN Rz 8; offengelassen v LG Köln FamRZ 1985, 108). Eine solche Auffassung würde zum einen de facto die vom Gesetzgeber nicht gewollte sofortige Beschwerde wieder einführen, sie erscheint zum anderen aber auch sachlich nicht geboten, denn nach § 1750 Abs 4 S 2 verlieren die Einwilligungserklärungen ohnehin spätestens nach 3 Jahren ihre Kraft. Wenn es in BT-Drucks 7/3061, 40 außerdem heißt, daß die Einwilligung ihre Kraft erst verliert, wenn der Annahmevertrag „endgültig“ abgelehnt wird, so ist das ebenfalls ein Indiz dafür, daß an eine Fristverkürzung nicht gedacht war.

§ 1753

Der Ausspruch der Annahme kann nicht nach dem Tod des Kindes erfolgen.

Nach dem Tod des Annehmenden ist der Ausspruch nur zulässig, wenn der Annehmende den Antrag beim Vormundschaftsgericht eingereicht oder bei oder nach der notariellen Beurkundung des Antrags den Notar damit betraut hat, den Antrag einzureichen.

Wird die Annahme nach dem Tod des Annehmenden ausgesprochen, so hat sie die gleiche Wirkung, wie wenn sie vor dem Tod erfolgt wäre.

BT-Drucks 7/3061, 42; BT-Drucks 7/5087, 15.

Systematische Übersicht

- | | |
|--|--|
| I. Normzweck und Entstehungsgeschichte
1 | b) Angestrebte Annahme durch ein Ehepaar 7
3. Erforderliche Einwilligungserklärungen 8
4. Förderung des Kindeswohls 9
5. Wirksamwerden des Annahmebeschlusses 11
6. Wirkung der Annahme 12 |
| II. Tod des Kindes 3 | |
| III. Tod des Annehmenden
1. Grundsätzliche Zulässigkeit der Annahme 4
2. Fallgruppen 6
a) Angestrebte Einzeladoption 6 | |

1 I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

§ 1753 entspricht inhaltlich § 1753 aF, einer Regelung, die vom Inkrafttreten des BGB bis zum AdoptG v 1976 unverändert Gültigkeit hatte. Der heutige § 1753 stellt nur eine notwendige Anpassung an das veränderte Zustandekommen der Adoption (Dekret- statt Vertragssystem) dar. Während es früher um die Frage ging, ob ein Annahmevertrag auch dann gerichtl bestätigt werden konnte, wenn der Annehmende oder Anzunehmende nach dem Abschluß des Annahmevertrags, aber vor dessen Bestätigung verstorben war, geht es heute darum, ob der Ausspruch der Annahme (§ 1752) auch möglich ist, wenn Annehmender oder Anzunehmender versterben, nachdem der Antrag beim VormG eingereicht oder der beurkundende Notar mit dessen Einreichung betraut worden ist.

- 2 § 1753 Abs 1 läßt eine Adoption nach dem Tod des *Kindes* nicht zu, während § 1753 Abs 2 eine Adoption nach dem Tod des *Annehmenden* jedenfalls grds gestattet, wenn der Annehmende den Antrag beim VormG eingereicht oder bei oder nach der notariellen Beurkundung des Antrags den Notar damit betraut hat, den Antrag einzureichen. Die Differenzierung ist gerechtfertigt aufgrund der Tatsache, daß die Adoption nur zulässig ist, wenn sie dem Kindeswohl dient (§ 1741 Abs 1). Dies ist nicht mehr möglich, wenn das Kind vor der Annahme gestorben ist. Demgegenüber sind Fälle denkbar, in denen die Annahme dem Kindeswohl dient, obwohl der Annehmende vor ihrem Ausspruch gestorben ist. – Für die Ehelicherklärung enthält § 1733 eine § 1753 entsprechende Regelung.

3 II. Tod des Kindes

Nach dem Tod des Kindes kann die Annahme nicht mehr ausgesprochen werden (Abs 1). Ausgesprochen ist die Annahme mit der Zustellung des Annahmebeschlusses an den Annehmenden (§ 56 e S 2 FGG). Eine Annahme ist deshalb auch dann nicht möglich, wenn der Tod des Kindes zwischen dem Absetzen des Beschlusses und der Zustellung eintritt (SOERGEL-LIERMANN Rz 1). Erfolgt die Annahme in Unkenntnis des Todes des Kindes, so entfaltet der Beschluß keine Rechtswirkungen (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 2; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 2; SOERGEL-LIERMANN Rz 2; DITTMANN Rpfleger 1978, 277, 281; aA SOERGEL-ROTH-STIELOW [11. Aufl] Rz 2; ROTH-STIELOW Rz 5). Dies sollte, um jeden Zweifel auszuschließen, von Amts wegen durch einen zweiten Beschluß klargestellt werden. Eine solche Verfügung, die lediglich die Wirkungslosigkeit des Annahmebeschlusses bestätigt, stellt keine unzulässige Änderung des Annahmebeschlusses iS v § 56 e S 3 HS 2 FGG dar (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 2; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 2; ERMANN-HOLZHAUER Rz 4; SOERGEL-LIERMANN Rz 2; KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 56 e FGG Rz 26).

III. Tod des Annehmenden

1. Grundsätzliche Zulässigkeit der Annahme

4

Der Ausspruch der Annahme nach dem Tod des Annehmenden ist nach Abs 2 nur zulässig, wenn der Annehmende den Antrag beim VormG eingereicht oder den beurkundenden Notar – bei oder nach der Beurkundung – mit der Einreichung beauftragt hat (vgl zum alten Recht BGHZ 2, 62 = NJW 1951, 706 = LM § 1744 Nr 1 = DNotZ 1951, 363; OLG Hamm NJW 1966, 1821 = StAZ 1967, 99). Stirbt der Annehmende in einem früheren Stadium, so ist die Annahme ausgeschlossen. Wurde der Antrag bei einem örtlich unzuständigen VormG eingereicht, so schließt dies die Möglichkeit einer postmortalen Adoption nicht aus (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 4; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4; ERMAN-HOLZHAUER Rz 5); denn entscheidend kommt es auf die ernsthafte Adoptionsabsicht an, die im Antrag zum Ausdruck kommt, ähnlich wie auch die Verjährung einer Forderung durch Klageerhebung vor einem örtlich unzuständigen Gericht unterbrochen wird (vgl § 212). Diese Interpretation von § 1753 war schon nach altem Recht herrschend, obwohl Abs 2 aF noch ausdrücklich die Einreichung des Antrags „bei dem zuständigen Gericht“ gefordert hatte (vgl Voraufll Rz 10).

Verstirbt der Annehmende während der Anhängigkeit des Verfahrens in der 5 Rechtsbeschwerdeinstanz, so wirkt seine **Beschwerdeberechtigung** bis zur Entscheidung über das von ihm noch zu Lebzeiten eingelegte Rechtsmittel in entsprechender Anwendung des Abs 2 fort (OLG Braunschweig DAVorm 1978, 784). War der abl Beschluß vom inzwischen verstorbenen Annehmenden nicht mehr angefochten worden, so steht dem Kind in entsprechender Anwendung des § 56 a FGG die Beschwerde zu (MünchKomm-LÜDERITZ § 1752 Rz 18; KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 56 e FGG Rz 30 mwHinw; vgl auch BASSENGE JR 1976, 187 und OLG Braunschweig DAVorm 1978, 784). Die Analogie zu § 56 a FGG ist geboten, weil der Gesetzgeber bei der Aufhebung des Beschwerderechts des Kindes gegen abl Beschlüsse (vgl § 1752 Rz 35) übersehen hat, daß im Falle des Abs 2 wegen des fehlenden Beschwerderechts des Annehmenden der Beschluß unanfechtbar wäre, was der ratio des Abs 2 widerspräche.

2. Fallgruppen

6

Abs 2 findet sowohl im Falle einer angestrebten Einzeladoption als auch im Falle einer Adoption durch ein Ehepaar Anwendung.

a) Angestrebte Einzeladoption

Die Möglichkeit einer postmortalen Adoption im Falle einer angestrebten Einzeladoption ist nicht nur gegeben, wenn es um die Annahme eines familienfremden Kindes geht, sondern auch dann, wenn das eigene nichtehel Kind durch seinen Vater oder seine Mutter adoptiert werden soll (§ 1741 Abs 3 S 2 u Abs 2 S 2). Gleiches gilt, wenn ein Stiefelternteil das ehel oder nichtehel Kind seines Ehegatten annehmen will, um diesem die Rechtsstellung eines gemeinschaftlichen ehel Kindes zu verschaffen (§ 1741 Abs 2 S 2 iVm § 1754 Abs 1).

b) Angestrebte Annahme durch ein Ehepaar

7

Versterben beide Ehegatten (vgl OLG Hamm NJW 1966, 1821 = StAZ 1967, 99), so macht es für die Anwendbarkeit des Abs 2 keinen Unterschied, ob sie gleichzeitig oder nacheinander sterben.

Verstirbt nur ein Ehegatte, so ist nach dem klaren Wortlaut des Abs 2 weiterhin eine gemeinschaftliche Annahme möglich (allgM, vgl BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; ERMAN-HOLZHAUER Rz 9; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 3; SOERGEL-LIERMANN Rz 5). Fraglich könnte nur sein, ob der **Antrag des Überlebenden** wirksam bleibt oder neu gestellt werden muß. HOLZHAUER (ERMAN-HOLZHAUER Rz 9) meint, der Annahmeantrag des Überlebenden werde wirkungslos, da trotz der in Abs 3 angeordneten Adoptionswirkungen „faktisch eine Einzeladoption“ begehrt werde. Eine ohne Neuantrag ausgesprochene Adoption müsse deshalb unter den Voraussetzungen des § 1760 aufgehoben werden. § 1753 Abs 2 geht davon aus, daß ein einmal gestellter Antrag wirksam bleibt. Das gilt mit Sicherheit für den Antrag des Verstorbenen, der mit der Möglichkeit seines Todes ebensowenig gerechnet hat wie sein Ehegatte und dennoch an seinem Antrag festgehalten wird; das gleiche sollte auch für den Antrag des Überlebenden gelten (ebenso BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7). Dieser kann seinen Antrag ohnehin jederzeit zurücknehmen (vgl § 1752 Rz 5). Tut er dies, so verbietet sich eine Einzeladoption durch den Verstorbenen, weil dessen Antrag nur auf eine gemeinschaftliche Adoption gerichtet war (ERMAN-HOLZHAUER Rz 10; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; SOERGEL-LIERMANN Rz 5; **aA** MünchKomm-LÜDERITZ Rz 3; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1). Es versteht sich von selbst, daß das VormG den Überlebenden befragen muß, ob er die Annahme noch wünscht, – aber nicht, weil es sonst am erforderlichen Antrag fehlt, sondern weil geklärt werden muß, ob die (partiell) postmortale Adoption noch dem Wohl des Kindes dient.

8 3. Erforderliche Einwilligungserklärungen

Abs 2 setzt nur voraus, daß der Annehmende den Antrag beim VormG eingereicht oder bei oder nach der notariellen Beurkundung des Antrags den Notar damit betraut hat, den Antrag einzureichen. Nicht erforderlich ist, daß die Eltern (§ 1747), das Kind (§ 1746) und ggf der Ehegatte (§ 1749) bereits ihre Einwilligung erklärt haben. Soweit die **Einwilligungen** erteilt sind, **bleiben** sie nach Maßgabe des § 1750 Abs 2 S 2 **unwiderruflich**. Nur das 14 Jahre alte, nicht geschäftsunfähige Kind kann seine Einwilligung bis zum Wirksamwerden des Ausspruchs der Annahme gegenüber dem VormG widerrufen (§ 1746 Abs 2 S 1 u § 1750 Abs 2 S 2 HS 2). Die Auffassung von HOLZHAUER (ERMAN-HOLZHAUER Rz 6), bereits erteilte Einwilligungen würden mit dem Tod des Annehmenden unwirksam und müßten erneuert werden, weil sie nicht auf den Todesfall bezogen gewesen seien, dürfte mit der ratio des § 1753 nicht vereinbar sein. Schon unter der Herrschaft des alten Rechts war unstreitig, daß Einwilligungserklärungen fortwirken (VoraufI Rz 15). Die Frage war während der Reform nicht neu diskutiert worden. Ob der Annehmende erst nach dem Ausspruch der Annahme oder kurze Zeit zuvor verstirbt, hängt von Zufälligkeiten ab, denen der Gesetzgeber insoweit keine entscheidende Bedeutung beimißt, als er explizit eine postmortale Adoption gestattet. Den Bedenken HOLZHAUERS kann nur (teilweise) im Rahmen der Prüfung, ob die Annahme dem Kindeswohl dient, Rechnung getragen werden (so auch die hM, vgl MünchKomm-LÜDERITZ Rz 4; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7).

9 4. Förderung des Kindeswohls

Wenn § 1753 eine Adoption nach dem Tod des Annehmenden gestattet, kann es auf die Herstellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses gem § 1741 Abs 1 nicht mehr ankommen. Dagegen setzt auch eine postmortale Adoption voraus, daß sie dem Wohl des Kindes dient (§ 1741 Abs 1). Durch die Annahme können sowohl

persönliche als auch vermögenswerte Interessen betroffen sein. Die im Vordergrund jeder Adoption stehende persönliche Fürsorge durch den Annehmenden entfällt mit dessen Tod. Gleichwohl können **persönliche Interessen des Kindes** für eine Annahme durch den Verstorbenen sprechen. In aller Regel wird das Kind im Falle des § 1753 Abs 2 seine Bindung an die Ursprungsfamilie bereits verloren haben. Es wird – auch beim Unterbleiben der Adoption – dort nicht mehr Fuß fassen können. Umgekehrt wird das Kind in seiner neuen Familie oft faktisch bereits eingegliedert sein. Durch eine postmortale Adoption können diese Bande insbes zu Geschwistern und Großeltern auch rechtl verfestigt werden. Entspricht es dem Wohl des Kindes, daß es in seiner neuen Umgebung verbleibt, was vor allem der Fall sein wird, wenn bei einer angestrebten Adoption durch Eheleute nur ein Ehegatte verstorben ist, dann wird auch eine postmortale Adoption grds in seinem Interesse liegen. Als problematisch können sich **Stiefkindadoptionen** erweisen, weil hier das Kind ohnehin dem sorgeberechtigten leibl Elternteil zugeordnet ist und bleibt und eine Veränderung der tatsächlichen Lebensumstände des Kindes von vornherein nicht zur Diskussion steht. Entscheidend wird es darauf ankommen, ob der nichtsorgeberechtigte leibl Elternteil des Kindes noch lebt, und wie sich die Beziehungen des Kindes zu ihm darstellen. Im allg dürfte sich der ohnehin problematische „Austausch“ von leibl Vater gegen Stiefvater bzw leibl Mutter gegen Stiefmutter (vgl dazu § 1741 Rz 33 ff) verbieten, wenn der Stiefelternteil verstorben ist, weil mit dem Tod des Stiefelternteils auch das Spannungsverhältnis zwischen Stiefvater und leibl Vater bzw Stiefmutter und leibl Mutter nicht mehr besteht und im übrigen das Kind mit der Adoption ersatzlos einen Unterhaltsschuldner verlieren würde. Die **Adoption des eigenen nichtehel Kindes** durch seine Mutter dürfte nach ihrem Tod ausgeschlossen sein, weil hier die Annahme von vornherein nur auf Ausgrenzung gegenüber dem Vater zielt, wofür nach dem Tod der Mutter kein Grund mehr besteht. Entsprechendes gilt für die Adoption des nichtehel Kindes durch seinen Vater, weil das Kind vermögensrechtl bereits Mitglied der Vaterfamilie ist und personale Verantwortung vom Vater nicht mehr übernommen werden kann.

Vermögensinteressen können allein oder neben anderen Gründen eine postmortale Adoption rechtfertigen. Erforderlich ist immer ein Abwägungsprozeß, in den alle Argumente für und wider einzubeziehen sind. Vermögensvorteile für das Kind resultieren vor allem aus dem entstehenden Erbrecht, aus Ansprüchen auf Waisengeld oder auf Unterhaltersatz gem § 844 Abs 2.

5. Wirksamwerden des Annahmebeschlusses

11

Nach dem Tod des Annehmenden wird der Annahmebeschuß mit der **Zustellung an das Kind** bzw dessen gesetzl Vertreter, wenn es geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, wirksam (§ 56 e S 2 FGG). Den Erben des verstorbenen Annehmenden ist der Beschluß in der Form des § 16 Abs 2 S 2 oder Abs 3 FGG bekanntzumachen (KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 56 e FGG Rz 19). **War eine gemeinschaftliche Annahme beabsichtigt**, so soll nach wohl hM eine Zustellung an den überlebenden Ehegatten genügen (so SOERGEL-LIERMANN Rz 7; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 9; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5), während KEIDEL-KUNTZE-WINKLER (§ 56 e FGG Rz 19 u 21) auch hier eine Zustellung an das Kind für erforderlich und genügend hält. Eine Doppelzustellung an den Überlebenden und an das Kind entsprechend dem Wortlaut des § 56 e S 2 FGG erscheint sinnvoll, weil auf diese Weise gewährleistet ist, daß eine Annahme, die in Unkenntnis des Todes eines Ehegatten ausgesprochen wurde, nicht wirksam wird, was zur Folge hätte, daß das Annahmeverhältnis nur unter den engen Voraussetzungen des § 1763 wieder aufgehoben werden könnte.

12 6. Wirkung der Annahme

Wird die Annahme nach dem Tod des Annehmenden ausgesprochen, so hat sie nach Abs 3 die gleiche Wirkung, wie wenn sie vor dem Tod erfolgt wäre. Das Kind wird also ebenso Erbe des Annehmenden wie ein zur Zeit des Erbfalls noch nicht geborenes, aber schon gezeugtes (§ 1923 Abs 2) oder ein nach dem Tod des Vaters für ehel erklärtes Kind (§ 1733 Abs 3). Außerdem stehen dem Kind unter den Voraussetzungen des § 844 Abs 2 Ansprüche auf Unterhaltersatz sowie nach sozialversicherungs- oder beamtenrechtl Vorschriften Versorgungsansprüche zu. – Hat der Erblasser letztwillig verfügt und das Kind übergangen, so kann dieses die Verfügung nach Maßgabe des § 2079 anfechten. – Solange nach dem Tod des Annehmenden über den Adoptionsantrag nicht entschieden ist, darf eine Erbaus-einandersetzung wegen der Unbestimmtheit der Erbteile nicht erfolgen (§ 2043 Abs 2).

§ 1754

Nimmt ein Ehepaar ein Kind an oder nimmt ein Ehegatte ein Kind des anderen Ehegatten an, so erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes der Ehegatten.

In den anderen Fällen erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden.

BT-Drucks 7/3061, 19 f, 42 f; BT-Drucks 7/5087, 7, 15 f.

Systematische Übersicht

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1

c) Nichteheliche Stiefkinder 8

3. Adoption durch eine Einzelperson
(Abs 2) 10

II. Erwerb der rechtlichen Stellung eines ehelichen Kindes

1. Allgemeines 4

2. Stiefkindadoption 5

a) Anwendungsbereich des Abs 1 Alt 2 5

b) Eheliche Stiefkinder 7

III. Wirkungen der erlangten Rechtsstellung eines ehelichen Kindes 11

1. Zivilrechtliche Wirkungen 12

2. Öffentlichrechtliche Wirkungen 14

1 I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

§ 1754 ist im Zusammenhang mit den §§ 1755 und 1756 zu sehen. Während § 1754 klarstellt, daß ein Adoptivkind die rechtl Stellung eines ehel Kindes erlangt, also voll in die neue Familie integriert wird, bestimmt § 1755, daß die Rechtsbeziehungen des Kindes zur Ursprungsfamilie ebenso vollständig erlöschen. Die §§ 1754 und 1755 normieren somit die **Volladoption**, deren Einführung das **zentrale Reformanliegen des AdoptG v 1976** war (vgl BT-Drucks 7/3061, 19 f, BT-Drucks 7/5087, 7; früher schon BT-Drucks 7/421, 3 u 7/716, 4 iVm 7/328, 1). § 1756 korrigiert den Grundsatz der Volladoption geringfügig bezügl zweier Fallgruppen: Bei der Annahme naher Familienangehöriger (zB des Enkelkindes durch seine Großeltern) soll das Kind zwar neue Eltern erhalten, nicht aber seine bisherige Verwandtschaft verlieren (§ 1756 Abs 1). Bei der Adoption eines Stiefkindes, das aus einer durch Tod aufgelösten früheren Ehe stammt, sollen dem Kind die Rechtsbeziehungen zur Verwandtschaft des verstorbenen Elternteils erhalten bleiben (§ 1756 Abs 2).

Mit der Einführung der Volladoption wollte der Gesetzgeber die günstigsten Voraussetzungen für eine ungestörte Entwicklung des Kindes schaffen. Das **alte**

Recht hatte zu Unzuträglichkeiten geführt (vgl ENGLER 27 ff, 51 ff; LÜDERITZ 67 ff; BT-Drucks 7/5087, 6). Der Grundsatz, daß das Kind mit der Adoption die rechtl Stellung eines ehel erlangte (§ 1575 aF), war in mancher Hinsicht eingeschränkt. Die Annahmewirkungen erstreckten sich nicht auf die Verwandten des Annehmenden (§ 1763 aF). Für den Annehmenden wurde kein Erbrecht nach dem Kind begründet (§ 1759 aF). Vor allem aber bestanden die Rechtsbeziehungen zwischen Kind und Ursprungsfamilie fort, soweit nicht das Ges etwas anderes vorschrieb (§ 1764 aF). Das Kind wurde insbes kraft Ges von seinen leibl Eltern beerbt. Solange es nicht testieren konnte, drohte deshalb immer die Gefahr, daß von den Adoptiveltern ererbtes Vermögen an die leibl Eltern gelangte, die ihr Kind möglicherweise nie gesehen hatten. Kam das Kind in der neuen Familie zu Wohlstand, so war es denkbar, daß es später seinen Eltern Unterhalt leisten mußte. Es wurde von Fällen berichtet, in denen die Sozialhilfebehörden die Anschrift des früher inkognito adoptierten Kindes ausfindig machten, um wegen den leibl Eltern gewährter Unterstützung Regreß zu nehmen.

Die Einführung der Volladoption durch das AdoptG v 1976 entspricht der **internationalen Rechtsentwicklung**. Länder, die das Institut der Adoption erst im 20. Jh in ihre Rechtsordnungen aufnahmen, wie zB *Großbritannien* (Adoption of Children Act v 1926, nunmehr Children Act v 1975 bzw Adoption Act v 1976, vgl FLAUSS Rev Int dr comp 1985, 539, 540) und die *Niederlande* (Ges v 26. 1. 1956 Stb 42, nunmehr idF v 13. 9. 1979, vgl PAPANDREOU Rev int dr comp 1985, 653, 654), verstanden diese von vornherein als Instrument der Sozialpolitik und erkannten nur die Volladoption an. Aber auch diejenigen Länder, in denen die Adoption als sog einfache Adoption historisch gewachsen war und ursprüngl vornehmlich der Tradierung von Familiennamen und Familiengut gedient hatte, bekannten sich im Laufe der letzten Jahrzehnte mehr und mehr zur Volladoption, so zahlreiche Einzelstaaten *Nordamerikas* (Überblick bei FRANK 86 Fn 21; PÜTTER, Adoption in den USA [1972] 159 ff; KRAUSE, Family Law [2. Aufl 1986] 177 f), die Mehrheit der *sozialistischen* Rechtsordnungen (Art 108 Ehe- und Familienkodex der RSFSR v 1969, vgl SADIKOV, Soviet Civil Law [1988] 480 ff; Art 121 Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch v 1964, vgl KUROWSKI, General Principles of Law of the Polish People's Republic, 209, 227 f; §§ 51, 52 Ges Nr IV/1952 über die Ehe, Familie und Vormundschaft idF v 1986), die *Schweiz* (Art 267 ZGB, vgl HEGNAUER, Berner Kommentar. Familienrecht – Adoption [1975] Einl 20 f Rz 18 ff), *Spanien* (Art 178 u Art 108 Abs 2 Cc, vgl BRAND Rev int dr comp 1985, 595 ff), *Italien* (Art 27 Ges Nr 184 v 4. 5. 1983 zur Regelung der Adoption u der Pflegekindschaft Minderjähriger, vgl BRAND Rev int dr comp 1985, 631 ff) und seit dem 1. 1. 1988 auch *Japan* (Ges Nr 101 v 1987, vgl KAMITANI FamRZ 1988, 803).

Einen originellen Weg ging das *französis* Recht: Es behielt die historisch gewachsene einfache Adoption im wesentlichen unverändert bei, führte daneben aber als zweiten Adoptionstyp die Volladoption ein (Ges Nr 66–500 v 11. 7. 1966, Art 343 ff v 360 ff Cc). Wann welcher Adoptionstyp Anwendung finden sollte, wurde gesetzl nicht abschließend geregelt. Entscheidend sollten der Wille der Beteiligten und das Kindeswohl unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles sein (HUET-WEILLER Rev int dr comp 1985, 611 ff). Für das *deutsche* Recht hatte vor allem ENGLER (43 ff u FamRZ 1975, 125) eine ähnl Lösung empfohlen (ebenso JAYME FamRZ 1969, 527, 530, FamRZ 1973, 14, 17 f, FamRZ 1974, 115, 116; KRAUSE 114 f; Akademikerverbände FamRZ 1974, 170; KRAUT FamRZ 1974, 295). Der Gesetzgeber hat sich dann aber dafür entschieden, die Volladoption als Regeltyp einzuführen, gleichzeitig allerdings für die Verwandten- und Stiefkindadoption (§ 1756) sowie die Volljährigenadoption (§§ 1770, 1772) Ausnahmen zuzulassen (vgl BT-Drucks 7/3061, 21 ff). Der entscheidende Unterschied zum

französ Recht besteht darin, daß der *deutsche* Gesetzgeber diejenigen Fälle, bei denen modifizierte Adoptionswirkungen eintreten sollen, konkret bezeichnet hat, während das *französ* Recht angesichts der Vielfalt denkbarer Lebenssachverhalte auf die Bildung von Fallgruppen von vornherein verzichtete. Ob das *französ* Recht letztlich flexibler ist, muß bezweifelt werden. Es stellt zwar zwei Adoptionstypen wahlweise zur Verfügung, regelt diese aber detailliert und damit starr sowohl hinsichtl der Voraussetzungen als auch hinsichtl der Wirkungen. Es drängt sich deshalb die Frage auf, ob mit 2 inhaltlich vorgegebenen Adoptionstypen (warum nicht 3 oder 4?) der Lebensvielfalt besser Rechnung getragen werden kann als durch die Bildung von Fallgruppen mit speziell auf sie zugeschnittenen Sonderregelungen. *Spanien* (Ges 21/1987 v 11. 11. 1987, vgl ARCE Y FLOREZ-VALDES Rev Gen Leg Jur 1987, 741, 780) und *Italien* (Ges Nr 184 v 4. 5. 1983, vgl BRAND Rev int dr comp 1985, 631 ff), die dem *französ* Vorbild zunächst gefolgt waren, haben deshalb auch die grds freie Wahl zwischen 2 Adoptionstypen aufgegeben, die Volladoption zum Regeltyp erhoben und die einfache Adoption auf gesetzl präzipierte Fallgruppen beschränkt.

II. Erwerb der rechtlichen Stellung eines ehelichen Kindes

4 1. Allgemeines

§ 1754 Abs 1 regelt zwei Fälle, nämlich einmal die Adoption eines fremden Kindes durch ein Ehepaar und zum andern die Stiefkindadoption, bei der ein Ehegatte das Kind des anderen annimmt. In beiden Fällen erlangt das Kind die rechtl Stellung eines gemeinschaftlichen ehel Kindes beider Ehegatten. Für die Adoption eines fremden Kindes durch beide Ehegatten bedarf diese Rechtsfolge keiner Erläuterung.

2. Stiefkindadoption

5 a) Anwendungsbereich des Abs 1 Alt 2

Bei der Stiefkindadoption liegt die Besonderheit darin, daß das Kind gemeinschaftliches ehel Kind beider Ehegatten wird, obwohl es nur vom Stiefelternteil angenommen wird. Abs 1 Alt 2 bezieht sich sowohl auf die Annahme ehel (Näheres unten Rz 7) als auch nichtehel (Näheres unten Rz 8) Stiefkinder.

- 6** Wird ein (ehel oder nichtehel) Stiefkind vom Stiefelternteil erst **nach dem Tod des Ehegatten angenommen**, so können die Wirkungen des § 1754 Abs 1 nicht mehr eintreten. § 1754 Abs 1 Alt 2 setzt voraus, daß der Ehegatte des adoptierenden Stiefelternteils beim Ausspruch der Annahme noch lebt (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 2; MünchKomm-LÜDERITZ §§ 1754, 1755 Rz 2; SOERGEL-LIERMANN Rz 7 u § 1741 Rz 27; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 3; aA HELLERMANN FamRZ 1983, 659; BEITZKE § 33 II 1 a; ERMAN-HOLZHAUER Rz 5. – Lit u Rspr zum alten Recht [vgl Voraufll § 1757 Rz 27 mHinw; KG OLGZ 1968, 356 = NJW 1968, 1631 = FamRZ 1968, 483; OLG Celle NJW 1971, 708] sind nicht aussagekräftig, weil nach altem Recht eine Adoption am grds Fortbestand der Rechtsbeziehungen zur Ursprungsfamilie ohnehin nichts änderte). Eine ganz andere Frage ist es, ob § 1756 Abs 2 analog mit der Folge angewandt werden kann, daß dem Kind die Rechtsbeziehungen zu den Verwandten des verstorbenen Elternteils erhalten bleiben (vgl dazu § 1756 Rz 21). Eine darüber hinausgehende, eher bildhafte Vorstellung, daß das Kind infolge der Adoption gemeinschaftliches ehel Kind geworden sei, würde an dessen Rechtsstellung nicht nur nichts ändern, sie wäre auch verfehlt; denn die Wirkungser-

streckung des § 1754 Abs 1 rechtfertigt sich nur durch die nach § 1749 erforderliche Einverständniserklärung des Ehegatten. Diese kann zwar bei der Stiefkindadoption des leibl Elternteils in aller Regel vermutet, keineswegs aber unterstellt werden. Denkbar sind auch Fälle, in denen der leibl Elternteil zu Lebzeiten mit der Adoption durch seinen Ehegatten nicht einverstanden war, weil er zB von diesem getrennt lebte, so daß auch nach seinem Tod das Bild eines gemeinschaftlichen Eltern-Kind-Verhältnisses verfehlt wäre.

b) Eheliche Stiefkinder

7

Wird ein ehel Kind des anderen Ehegatten angenommen, so ist ein gemeinschaftlicher Adoptionsantrag von Stiefelternteil *und* leibl Elternteil rechtl unzulässig, da das Kind gegenüber dem leibl Elternteil schon die Rechtsstellung eines ehel Kindes besitzt und deshalb von ihm auch nicht adoptiert werden kann (vgl § 1741 Rz 40). Wird dennoch eine Annahme durch beide Ehegatten ausgesprochen, so ist die Adoption insoweit nichtig, als sie sich auf das Verhältnis des Kindes zum leibl Elternteil bezieht (§ 139). Im übrigen aber ist sie wirksam, so daß sich der Fehler letztlich nicht auswirkt (PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 3; MÜNSTERMANN StAZ 1985, 258, 259; Vorauf § 1757 Rz 25 mRspr- u LitNachw zur insoweit unveränderten Rechtslage vor der Reform v 1976). – Die Rechtsfolge des § 1754 Abs 1, daß das Kind gemeinschaftliches ehel Kind beider Ehegatten wird, ist unabhängig davon, ob die frühere Ehe durch Tod, Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung aufgelöst wurde. Dagegen spielt die Frage, ob die Ehe durch Tod einerseits oder durch Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung andererseits beendet wurde, eine Rolle hinsichtl des Erlöschens bereits bestehender Verwandtschaftsverhältnisse (vgl § 1756 Abs 2 iVm § 1755).

c) Nichteheliche Stiefkinder

8

Adoptiert ein Ehegatte das nichtehel Kind des anderen, so wird das Kind ebenfalls gemeinschaftliches ehel Kind. Das bereits bestehende Kindschaftsverhältnis zum leibl Elternteil wird, ohne daß dieser an der Adoption mitwirkt, von einem nichtehel in ein ehel Kindschaftsverhältnis umgewandelt. Das bedeutet im einzelnen: Handelt es sich um das nichtehel Kind der Ehefrau, so wird diese infolge der Adoption Mitinhaberin des elterl Sorgerechts; eine evtl bestehende Amtspflegschaft nach § 1706 entfällt. Handelt es sich um das nichtehel Kind des Ehemannes, so wird auch er Mitinhaber des elterl Sorgerechts, obwohl dieses ihm vor der Annahme nicht zustand und die verfehltete Regelung des geltenden Rechts (vgl § 1747 Rz 11) ansonsten einen Sorgerechtserwerb durch den Vater nur zuläßt, wenn dieser sein nichtehel Kind entweder adoptiert oder für ehel erklären läßt. Daß die Alleinadoption durch die Ehefrau dem Ehemann in einer Art Reflexwirkung das Mitsorgerecht beschert, ist mehr als nur ein Schönheitsfehler (so zutr ENGLER FamRZ 1975, 125, 134; vgl auch ENGLER 51f Fn 1). Systematisch überzeugender wäre es gewesen, wenn der Gesetzgeber bei der Adoption eines nichtehel Kindes des Ehegatten eine gemeinschaftliche Annahme durch beide Ehegatten verlangt hätte, – ein Lösungsweg, den das geltende Recht zwar erlaubt, aber nicht fordert (vgl § 1741 Rz 42); denn de lege lata macht es keinen Unterschied, ob ein Stiefelternteil das nichtehel Kind seines Ehepartners allein oder mit diesem zusammen adoptiert.

Kein Fall des § 1754 Abs 1 Alt 2 liegt vor, wenn **ein nichtehel Kind von seinem Vater oder seiner Mutter angenommen wird und diese später miteinander die Ehe eingehen**. Eine direkte Anwendung des § 1754 Abs 1 scheidet ua deshalb aus, weil die Adoption vor der Eheschließung erfolgte. Eine entspr Anwendung, die unter der Herrschaft des alten Rechts vom AG Augsburg (StAZ 1976, 145 mAnm BEITZKE 145 f) befürwortet worden war, scheitert heute daran, daß die Adoption die

Rechtsbeziehungen des Kindes zum anderen Elternteil endgültig erlöschen läßt (unzutr deshalb PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 3). Eine ergänzende Zweitadoption (§ 1742), die sich als naheliegende Lösung anzubieten scheint, ist weder erforderlich noch möglich, weil aufgrund der Sonderregelung des § 1719 S 2 das Kind durch nachfolgende Eheschließung trotz vorhergehender Adoption legitimiert wird und auf diese Weise die Rechtsstellung eines gemeinsamen ehel Kindes erlangt (vgl § 1719 Rz 15, § 1742 Rz 17 u § 1755 Rz 6).

10 3. Adoption durch eine Einzelperson (Abs 2)

Während Abs 1 die Adoption durch ein Ehepaar und die Stiefkindadoption zu Lebzeiten des Ehegatten (= leibl Elternteils) regelt, behandelt Abs 2 die „anderen Fälle“, also Adoptionen durch eine Einzelperson (vgl § 1741 Abs 3 S 1). Ist der Annehmende verheiratet, so gilt ebenfalls Abs 2, sofern es sich nicht um eine Stiefkindadoption handelt und der Annehmende allein adoptiert, was § 1741 Abs 2 S 3 in Ausnahmefällen gestattet. Abs 2 gilt auch dann, wenn der Vater oder die Mutter ihr eigenes nichtehel Kind annehmen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er (sie) noch ledig ist oder nicht (§ 1741 Abs 3 S 2 u § 1741 Abs 2 S 2). Bei der Adoption des eigenen nichtehel Kindes beschränkt sich die Wirkung des Abs 2 darauf, das nichtehel Kindschaftsverhältnis in ein ehel umzuwandeln.

11 III. Wirkungen der erlangten Rechtsstellung eines ehelichen Kindes

Da das Kind die rechtl Stellung eines ehel Kindes erlangt, wird es vollkommen in die Familie des (der) Annehmenden integriert, erhält also Geschwister, Großeltern, Onkel, Tante usw. Außerdem erstreckt sich die Annahme auf bereits vorhandene (ebenso wie auf später hinzukommende) Abkömmlinge des Kindes, ohne daß dies in § 1754 besonders erwähnt wäre (anders § 1755 Abs 1 S 1 bzgl des Erlöschens bisheriger Verwandtschaftsverhältnisse). Zur Problematik, daß auch verwandtschaftl Beziehungen zu Personen begründet werden, die dies nicht wünschen, vgl § 1749 Rz 17.

12 1. Zivilrechtliche Wirkungen

Mit dem Wirksamwerden des Annahmebeschlusses wird das Kind zivilrechtl behandelt, als sei es in der Ehe des (der) Annehmenden geboren. Es gelten insbes die Vorschriften über den Wohnsitz (§ 11), den Unterhalt (§§ 1601 ff), das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind (§§ 1619 ff), die elterl Sorge (§§ 1626 ff), das Erbrecht (§§ 1924 ff) und das Pflichtteilsrecht (§§ 2303 ff). In der neuen Familie entsteht auch gem § 7 EheG ein Eheverbot, das dem unter Blutsverwandten (§ 4 EheG) nachgebildet ist. Wird die Ehe der Annehmenden geschieden, so ist für die Verteilung des Sorgerechts § 1671 maßgebend. Das gilt auch im Falle einer Stiefkindadoption, wo der leibl Elternteil sein natürliches Prae mit der Adoption durch den Stiefelternteil verloren hat. Bei der Annahme des eigenen nichtehel Kindes wandelt sich das bereits bestehende Eltern-Kind-Verhältnis in ein solches um, wie es zwischen Mutter oder Vater und ehel Kind besteht. Bei einer Adoption durch den Vater wird das nichtehel Kind selbst dann gesetzl Erbe, wenn es zuvor den vorzeitigen Erbaugleich erhalten oder mit seinem Vater darüber eine Vereinbarung gem § 1934 d getroffen hat (DITTMANN Rpfleger 1978, 277, 281; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4; ERMAN-HOLZHAUER Rz 8). – was allerdings nur im Falle einer Volljährigenadoption denkbar ist (vgl MünchKomm-LEIPOLD § 1934 d Rz 13). Zur

Frage, ob ein bereits geleisteter vorzeitiger Erbausgleich zurückgefordert werden kann, oder ob eine Vereinbarung oder ein rechtskräftiges Urteil materiell durch die Adoption tangiert wird, vgl § 1755 Rz 9.

Rechtsgeschäftlich, insbes in **Verfügungen von Todes wegen** und **Gesellschaftsver- 13**
trägen, können leibl und Adoptivkinder ebenso unterschiedlich behandelt werden, wie das zwischen mehreren leibl Kindern rechtl möglich ist. Fehlt es an einer klaren sprachlichen Differenzierung, ist zB allg von „Kindern“ oder „Abkömmlingen“ die Rede, so muß durch Auslegung (§§ 133, 157) ermittelt werden, ob die Erklärung auch ein Adoptivkind erfaßt. Grds bezieht der **Begriff „Abkömmling“ oder „Kind“** ein Adoptivkind mit ein (BayObLGZ 1959, 493 = NJW 1960, 965 = FamRZ 1960, 244; OLG Frankfurt OLGZ 1972, 120 = FamRZ 1972, 396 [LS]; BayObLG FamRZ 1976, 101; BayObLG FamRZ 1989, 1118). Die abweichende Entscheidung des BayObLG (BayObLGZ 1961, 132 = NJW 1961, 1678) zu § 2069 BGB war unter dem alten Adoptionsrecht, nach dem der Adoptierte nur mit dem Annehmenden verwandt wurde, folgerichtig, ist jedoch durch die Reform des Adoptionsrechts v 1976 überholt (so auch BAUSCH FamRZ 1980, 413, 416 ff). Allerdings kann sich aus den Umständen etwas anderes ergeben (LG Stuttgart FamRZ 1990, 214; auch BayObLGZ 1984, 246 = FamRZ 1985, 426 = MDR 1985, 235 betr Erwachsenenadoption). Haben die Beteiligten nicht an die Möglichkeit einer Adoption gedacht, so können im Einzelfall erhebliche Bedenken bestehen, wenn Stiefkinder, Kinder aus der Verwandtschaft, ältere Kinder oder gar Erwachsene durch Adoption in den Genuß von Vereinbarungen oder letztwilligen Verfügungen gebracht werden sollen (zur Erwachsenenadoption vgl OLG Stuttgart FamRZ 1981, 818 mAnm BAUSCH). Der erkennbar angestrebte punktuelle wirtschaftliche Vorteil steht allerdings weder dem Zustandekommen noch der Anerkennung einer Adoption im Wege, ähnlich wie die Rspr es hingenommen hat, wenn eine Adoption nur dazu dient, lästig gewordene Bindungen an ein gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag durch Aufhebung (§§ 2281, 2079) abzustreifen (BGH NJW 1970, 279 = FamRZ 1970, 79; dazu FRANK 198).

2. Öffentlichrechtliche Wirkungen

14

Nach § 6 RuStAG erwirbt das angenommene Kind eines Deutschen, das im Zeitpunkt des Annahmeantrags das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, anders als vor der Reform v 1976 (vgl BT-Drucks 7/3061, 63 ff) die deutsche **Staatsangehörigkeit**. Es genügt, wenn bei der Annahme durch ein Ehepaar einer der Annehmenden die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt (BayVGH StAZ 1989, 287). – Rechtsvgl zum Erwerb der Staatsangehörigkeit durch Adoption HECKER StAZ 1985, 153.

Die Gleichstellung von leibl Kindern und Adoptivkindern im öffentlichen Recht, 15
insbes im **Steuerrecht, Sozialrecht, Sozialversicherungsrecht, Beamtenrecht**, ist heute lückenlos verwirklicht (Überblick bei OBERLOSKAMP 180 ff). Letzte Unebenheiten wurden durch das Ges zur Anpassung rechtl Vorschriften an das AdoptG (AdoptAnpG) v 24. 6. 1985 (BGBl I 1144) beseitigt. Soweit früher in sozialrechtl Bestimmungen Adoptivkinder neben ehel, für ehel erklärten und nichtehel Kindern besonders erwähnt wurden, wurde diese Unterscheidung aufgegeben. Ehel Kinder, für ehel erklärte Kinder, Adoptivkinder und nichtehel Kinder werden heute in öffentlichrechtl Bestimmungen – soweit möglich – allg unter dem Begriff „Kinder“ zusammengefaßt. Werden Leistungen auch Pflegekindern oder Stiefkindern zuerkannt, so wird das redaktionell durch die Formulierung „als Kinder gelten auch“ zum Ausdruck gebracht (vgl die Begründung des AdoptAnpG BT-Drucks 10/1746, 14). Auch in **Verwaltungsvorschriften** (Paß-, Ausweis-, Meldewesen; Ausbildungs-

förderung), in den Einkommensteuer- und Lohnsteuerrichtlinien sowie in den Richtlinien zu den PrämienGesetzen werden Adoptivkinder heute nicht mehr als eine besondere Gruppe von Kindern neben ehel Kindern genannt (vgl Bericht über Maßnahmen der Bundesregierung zur rechtl Gleichstellung von ehel Kindern und Adoptivkindern sowie von leibl Eltern und Adoptiveltern, BT-Drucks 8/1495, 12 f). Schließlich ist die **Formularpraxis** vor allem wegen § 1758 dazu übergegangen, niemanden unnötigerweise zur Offenlegung zu zwingen, ob es sich bei einem Kind um ein leibl oder adoptiertes handelt (BT-Drucks 8/1495, 13).

- 16** Soweit in öffentlichrechtl Bestimmungen ausnahmsweise weiterhin zwischen leibl und Adoptivkindern differenziert wird, hat die Unterscheidung ihren Grund darin, daß Adoption und Geburt nicht immer gleichgesetzt werden können. So werden **Mutterschaftsurlaub** und **Mutterschaftsgeld** wegen der besonderen physischen und psychischen Belastung der Mutter im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Geburt gewährt, so daß Adoptivmüttern entsprechende Vergünstigungen nicht zuteil werden (BAG FamRZ 1986, 263; BAG NJW 1984, 630 = MDR 1984, 172 = FamRZ 1983, 1121; BSG NJW 1981, 2719 = FamRZ 1983, 162; OVG Koblenz NJW 1982, 1012; OVG Münster FamRZ 1980, 981; krit MünchKomm-LÜDERITZ §§ 1754, 1755 Rz 7; BGB-AK-FIESELER §§ 1754–1756 Rz 4; LEHMANN-JESSEN FamRZ 1974, 636). Auch im **Beihilferecht** kann die Annahme zwar nicht als ein Geburtsfall angesehen werden (vgl BVerwG FamRZ 1972, 456); die Beihilfavorschriften der Länder sehen jedoch vor, daß der Beihilfeberechtigte eine Beihilfe zur Säuglings- und Kleinkinderausstattung erhält, wenn er ein Kind unter 2 Jahren annimmt (zB § 11 Abs 2 S 2 BVO BaWü; § 9 Abs 1 S 2 BVO NRW; § 12 Abs 2 S 2 BVO Hess; § 12 Abs 1 S 2 BVO Saarl). Bedenklich sind Regelungen, die einem Adoptivkind Vergünstigungen vorenthalten, um auf diese Weise von vornherein möglichen Mißbräuchen der Adoption zu begegnen. So erhalten nach § 23 Abs 2 **BeamVG** die angenommenen Kinder eines verstorbenen Ruhestandsbeamten kein Waisengeld, wenn dieser im Zeitpunkt der Annahme bereits im Ruhestand war und das 65. Lebensjahr vollendet hatte (vgl BT-Drucks 10/1746, 22). Auch wenn § 20 Abs 2 BeamVG bestimmt, daß die Versorgungsbezüge einer mehr als 20 Jahre jüngeren Witwe nicht gekürzt werden können, wenn „aus der Ehe ein Kind hervorgegangen“ ist, dann erscheint es fragwürdig, wenn das BVerwG (JZ 1988, 38 = FamRZ 1988, 717 [LS]) meint, Adoptivkinder seien keine Kinder iS dieser Bestimmung. Das deutsche Recht geht traditionell davon aus, daß ein wirksam begründeter Status auch volle Rechtswirkungen entfaltet. Das gilt zB im **Erbschaftsteuerrecht** selbst dann, wenn eine Erwachsenenadoption erkennbar zu dem Zweck vorgenommen wurde, dem Erben die günstige Erbschaftsteuerklasse I zuteil werden zu lassen (Nachw § 1767 Rz 22). Ähnliches gilt für die **Ausländerbehörden**, die an den gerichtl Ausspruch der Annahme gebunden sind (Nachw § 1767 Rz 27).
- 17** Auch im **Strafrecht** werden angenommene und leibl Kinder nach der Begriffsdefinition des „Angehörigen“ in § 11 Nr 1 a StGB gleichgestellt. In § 174 Abs 1 Nr 3 StGB werden angenommene Kinder aus Klarstellungsgründen neben den leibl Kindern sogar ausdrücklich erwähnt; anders der Straftatbestand des Beischlafs zwischen Verwandten (§ 173 StGB), der sich nur auf Blutsverwandte bezieht.
- 18** Im **Verfahrensrecht** gelten ebenfalls alle Vorschriften, in denen von „Verwandten“ die Rede ist, auch für Personen, deren Verwandtschaft durch Adoption begründet wurde, so zB §§ 383 Abs 1 Nr 3 ZPO, 52 Abs 1 Nr 3 StPO für das Zeugnisverweigerungsrecht u §§ 41 Nr 3 ZPO, 22 Nr 3 StPO für die Ausschließung von der Ausübung des Richteramts.

§ 1755

Mit der Annahme erlöschen das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den bisherigen Verwandten und die sich aus ihm ergebenden Rechte und Pflichten. Ansprüche des Kindes, die bis zur Annahme entstanden sind, insbesondere auf Renten, Waisengeld und andere entsprechende wiederkehrende Leistungen, werden durch die Annahme nicht berührt; dies gilt nicht für Unterhaltsansprüche.

Nimmt ein Ehegatte das nichteheliche Kind seines Ehegatten an, so tritt das Erlöschen nur im Verhältnis zu dem anderen Elternteil und dessen Verwandten ein.

BT-Drucks 7/3061, 43, 74 f, 85; BT-Drucks 7/5087, 16 f.

Systematische Übersicht

- | | |
|--|--|
| I. Normzweck und Entstehungsgeschichte
1 | 2. Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen 10
3. Fortwirken der natürlichen Verwandtschaft 14 |
| II. Erlöschen der Verwandtschaft 2 | |
| III. Wirkungen des Erlöschens 7 | |
| IV. Bestehenbleibende Rechte und Pflichten
1. Ansprüche auf einmalige Leistung 8 | V. Abstammungsfeststellung nach der Adoption 15 |

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1

§ 1755 normiert im Zusammenhang mit § 1754 den Grundsatz der **Volladoption**. Näheres zu Normzweck und Entstehungsgeschichte bei § 1754 Rz 1. Zur verfassungsrechtl Problematik, Kinder durch Adoption vollständig aus ihrer Ursprungsfamilie zu lösen, vgl § 1748 Rz 6 f.

II. Erlöschen der Verwandtschaft

2

Nach Abs 1 S 1 erlischt das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zu den bisherigen Verwandten. „**Bisherige Verwandte**“ sind idR leibl Verwandte. Im Falle einer zulässigen Zweitadoption (§ 1742) kann die erlöschende Verwandtschaft auch durch Adoption vermittelt sein, so zB, wenn nach dem Tod der Adoptiveltern das Kind erneut adoptiert wird.

Nach Abs 1 S 1 erlischt auch das Verwandtschaftsverhältnis eines bereits vorhandenen **Abkömmlings des Kindes** zu den bisherigen Verwandten. Die Formulierung ist mißverständlich. Gemeint ist, daß sich das Erlöschen der Beziehungen zwischen Adoptivkind und leibl Verwandtschaft auch auf den Abkömmling erstreckt. Wird eine Mutter mit Kind angenommen, so erlöschen die Rechtsbeziehungen des Kindes (= Abkömmling) zu den Großeltern mütterlicherseits, zu Onkel und Tante (= Geschwister der Mutter). Dagegen ändert sich nichts an den Beziehungen des Kindes zu seinem Vater und dessen Verwandten, und natürlich auch nichts an denen zur Mutter selbst und zu bereits vorhandenen Geschwistern (vgl MünchKommLÜDERITZ §§ 1754, 1755 Rz 17 a).

Für den Fall der **Stiefkindadoption** enthält Abs 2 eine überflüssige Klarstellung: 4 Wird das nichtehel Kind des Ehegatten adoptiert, so erlöschen nur die Rechtsbeziehungen des Kindes zu dem Elternteil, der nicht mit dem adoptierenden Stiefeltern teil verheiratet ist, und zu dessen Verwandten. Überflüssig ist die Regelung deshalb, weil schon § 1754 Abs 1 bestimmt, daß das Kind durch eine solche Adoption die

rechtl Stellung eines gemeinschaftlichen ehel Kindes beider Ehegatten erlangt. Abs 2 ist außerdem mißverständlich, weil er nur von nichtehel Kindern spricht, gleiches aber für ehel Kinder gilt. Auch ohne ausdrückliche Regelung bleiben wegen § 1754 Abs 1 die Rechtsbeziehungen des ehel Kindes zu dem mit dem adoptierenden Stiefelternteil verheirateten Elternteil erhalten. – Nimmt ein Ehegatte das ehel Kind des anderen an, dessen frühere Ehe durch Tod aufgelöst wurde, so erlischt wegen der Sonderregelung des § 1756 Abs 2 das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zu den Verwandten des verstorbenen Elternteils nicht.

- 5 **Adoptiert ein Elternteil sein nichtehel Kind**, so wird das nichtehel Kindschaftsverhältnis in ein ehel umgewandelt. Das Verwandtschaftsverhältnis zu den Verwandten des adoptierenden Elternteils bleibt unberührt. Dogmatisch handelt es sich nicht um ein Erlöschen iS v § 1755, gefolgt von einer Neubegründung der Verwandtschaft iS v § 1754. Eine solche Konstruktion wäre nur erforderlich, wenn mit der Änderung des Kindschaftsverhältnisses eine Änderung der Verwandtschaft einhergehen würde, was nicht der Fall ist (vgl ERMAN-HOLZHAUER Rz 4; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 10).
- 6 Die Adoption des nichtehel Kindes durch einen Elternteil hindert nicht die **Legitimation durch nachfolgende Ehe**, wenn die leibl Eltern später heiraten. Das folgt aus § 1719, der den Eintritt der Legitimationswirkungen nur von einer Aufhebung des Adoptionsverhältnisses abhängig macht, wenn das Kind nicht von einem leibl Elternteil adoptiert wurde (vgl auch § 1742 Rz 17 u § 1754 Rz 9).

7 III. Wirkungen des Erlöschens

Das Erlöschen der Verwandtschaftsbeziehungen hat zur Folge, daß mit **ex-nunc-Wirkung** alle Rechte und Pflichten, die nach dem Gesetz auf Verwandtschaft beruhen, erlöschen.

Zivilrechtl verlieren die leibl Eltern insbes das Sorge- und Umgangsrecht. Unterhaltsansprüche zwischen dem Kind und seinen leibl Verwandten erlöschen (nicht aber Ansprüche auf rückständigen Unterhalt, vgl Rz 8). Für das gesetzl Erb- und Pflichtteilsrecht scheidet das Kind aus dem Verband der Ursprungsfamilie aus.

Für den Bereich des **öffentlichen Rechts** entfallen alle Vergünstigungen, die den Eltern für das Kind zustanden, wie zB Kindergeld, Kinderzuschuß, erhöhter Ortszuschlag, beamtenrechtl Beihilfe, steuerrechtl Vergünstigungen usw, wie überhaupt im Sozial-, Beamten-, Tarif- und Steuerrecht das Adoptivkind entspr § 1755 nicht mehr als Kind seiner leibl Eltern berücksichtigt wird (vgl MÜLLER DAVorm 1976, 578). Das Kind verliert nach § 27 RuStAG auch die dt **Staatsangehörigkeit**, wenn es infolge der Annahme durch ausländische Adoptierende deren Staatsangehörigkeit erwirbt.

IV. Bestehenbleibende Rechte und Pflichten

8 1. Ansprüche auf einmalige Leistung

Da die Annahme ex nunc wirkt, bleiben Ansprüche auf einmalige Leistung, die vor der Adoption entstanden sind, erhalten. Abs 1 S 2 bringt diesen Grundsatz noch einmal klarstellend mit den Worten zum Ausdruck, daß Ansprüche, die bis zur Annahme entstanden sind, durch die Annahme nicht berührt werden. Das bedeutet, daß zB Erb- oder Pflichtteilsansprüche des Angenommenen aus einem vor der Adoption eingetretenen Erbfall erhalten bleiben. Für Ansprüche auf rückständigen

Unterhalt oder aus einer Abfindungsvereinbarung nach § 1615 e gilt Entsprechendes (vgl Rz 7). Unterhaltsvereinbarungen zwischen leibl Vater und adoptierendem Stiefvater, die für den Fall der Adoption getroffen wurden, sind nicht (notwendigerweise) sittenwidrig (OLG Hamm FamRZ 1979, 1079; vgl auch DIV-Gutachten DAVorm 1990, 37).

Ist vor der Adoption eines nichtehel Kindes durch seinen Vater ein **vorzeitiger Erbaugleich** vorgenommen worden, so steht dem Vater wegen des Geleisteten eine *condictio ob causam finitam* (§ 812 Abs 1 S 2 Alt 1) zu (BGB-RGRK-DICKESCHIED § 1754 Rz 4 u § 1755 Rz 5; SOERGEL-LIERMANN Rz 5; – aA DITTMANN Rpfleger 1978, 277, 281; ERMAN-HOLZHAUER Rz 5; MünchKomm-LÜDERITZ §§ 1754, 1755 Rz 2); denn wegen der Adoption können die Wirkungen des § 1934 e nicht mehr eintreten. Als Rechtsgrund für die Leistung ist nicht nur das Bestehen, sondern auch das Fortbestehen der nichtehel Vater-Kind-Beziehung anzusehen. Eine andere Frage ist es, ob in den Umständen, die zum Zustandekommen der (Erwachsenen-)Adoption geführt haben, der konkludente Abschluß eines Erlaßvertrags gesehen werden kann. Wird von der Rückforderung bereits erfolgter Zahlungen Abstand genommen, so ist das Geleistete als Ausstattung zur Ausgleichung zu bringen (§§ 2050, 2051, 2315), vgl DITTMANN Rpfleger 1978, 277, 281 mNachw. – Wurde über den vorzeitigen Erbaugleich eine Vereinbarung getroffen (§ 1934 d Abs 4), so kann der Vater nach der Adoption die Erfüllung verweigern. Wurde der vorzeitige Erbaugleich in einem rechtskräftigen Urteil zuerkannt, so steht dem Vater die Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) zu (DITTMANN Rpfleger 1978, 277, 282).

2. Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen

10

Bei Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen besteht nach Abs 1 S 2 die Besonderheit, daß dem Kind nicht nur die bis zur Adoption aufgelaufenen Beträge, sondern auch die danach fällig werdenden Teilleistungen erhalten bleiben. Insofern handelt es sich um eine echte **Ausnahme vom Grundsatz der Volladoption**. Ursprüngl hatte der BR vorgeschlagen, Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen erlöschen zu lassen und als Ausgleich eine Abfindungssumme zu zahlen (BT-Drucks 7/3061, 74 f). Auf Vorschlag des RAussch wurde dann aber doch der nunmehr Ges gewordenen Regelung der Vorzug gegeben. Zur Begründung wurde ua angeführt, daß ansonsten Dauerpflegeverhältnisse einer Adoption vorgezogen werden könnten, besonders pflegebedürftige und kostenintensive Kinder (behinderte Kinder) möglicherweise nicht zu vermitteln wären und für Kinder, die mit Renten ausgestattet sind, auch ärmere Adoptiveltern in Betracht kommen sollten (BT-Drucks 7/5087, 16 f).

Abs 1 S 2 enthält keine abschließende Aufzählung der Renten und anderer wiederkehrender Leistungen, die von der Adoption unberührt bleiben, weil eine solche Aufzählung angesichts der großen Zahl der nach privatem und öffentlichem Recht denkbaren Ansprüche nicht zweckmäßig erschien (BT-Drucks 7/5087, 16). **Waisenrenten** können sich insbes aus der gesetzl Renten- oder Unfallversicherung für Arbeiter und Angestellte ergeben (§§ 1267, 595 RVO, 44, 56, 69 AVG; vgl auch BSG DRV 1987, 418 = FamRZ 1987, 1026 [LS]). **Waisengeld** wird ua nach §§ 23 BeamtVG, 3 a Ges über Altershilfe für Landwirte gewährt. Zur übergangsrechtl Frage, ob Ansprüche auf Waisenrente oder Waisengeld auch im Falle von Altadoptionen fortbestehen, vgl LSG Hessen DAVorm 1983, 431 mAnm BEHN; BEHN ZBlJugR 1978, 233; MÜLLER ZBlJugR 1978, 509. Renten iS v Abs 1 S 2 sind auch **Ansprüche aus §§ 844 Abs 2 BGB, 10 Abs 2 StVG**. Für diese Ansprüche hatte der BGH schon unter der Herrschaft des alten Rechts entschieden, daß der Gedanke der Vorteilsausgleichung nicht dazu nötigt, sie im Falle einer späteren Adoption in

11

Frage zu stellen (BGHZ 54, 269 = NJW 1970, 2061 mAnm SCHULTZE-BLEY NJW 1971, 1137 = FamRZ 1970, 587 = JZ 1971, 657 mAnm ROTHER). Abs 1 S 2 schließt nunmehr insoweit alle Zweifel aus.

- 12 Eine Ausnahme von der Ausnahme enthält Abs 1 S 2 HS 2: Danach erlischt der **Unterhaltsanspruch** des Kindes gegen seine leibl Verwandten mit der Adoption. Die Bestimmung ist unglücklich gefaßt, weil sie nicht eindeutig klärt, ob sich das Erlöschen nur auf Unterhaltsansprüche bezieht, die nach der Adoption fällig werden, oder auch auf **rückständigen Unterhalt** aus der Zeit vor der Adoption. Die Frage war nach Inkrafttreten des AdoptG v 1976 str, dürfte heute aber, vor allem nach der Entscheidung des BGH v 8. 7. 1981 (NJW 1981, 2298 = MDR 1982, 127 = FamRZ 1981, 949 = JR 1982, 62 mAnm FINGER) dahingehend geklärt sein, daß Unterhaltsansprüche aus der Zeit bis zur Adoption nicht erlöschen (ebenso KG FamRZ 1984, 1131; OLG Celle FamRZ 1981, 604; OLG Celle DAVorm 1980, 940; OLG Düsseldorf FamRZ 1980, 496; OLG Hamburg FamRZ 1979, 180; BRÜGGEMANN DAVorm 1979, 81; RUTHE FamRZ 1977, 30 u FamRZ 1979, 388; OBERLOSKAMP 166 f; BAER-GROSS 90 ff; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1 b. – **AA** LG Arnberg zit bei BRÜGGEMANN DAVorm 1979, 81; ZOPFS FamRZ 1979, 385; DOMS FamRZ 1981, 325; BGB-AK-FIESELER §§ 1754–1756 Rz 5). In der Tat erscheint nur diese Interpretation sinnvoll: Die Adoption wirkt nicht zurück und kann deshalb grds auch bereits entstandene Ansprüche nicht mehr in Frage stellen. Andernfalls würden säumige Zahler prämiert und ein Anreiz für die leibl Eltern geschaffen, keinen Unterhalt zu leisten, sobald eine Adoption des Kindes in Betracht kommt. Haben Dritte Unterhalt geleistet, so würde übergegangenen Ansprüchen mit der Adoption der Boden entzogen. Wertungswidersprüche würden sich auch ergeben, wenn einem Kind Zahlungen aufgrund einer **Abfindungsvereinbarung** nach § 1615 e erhalten blieben (so BT-Drucks 7/5087, 16; OBERLOSKAMP 167; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1 b; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; ERMAN-HOLZHAUER Rz 5; SOERGEL-LIERMANN Rz 23), während aufgelaufene gesetzl Unterhaltsansprüche erlöschen würden. Bei einer Abfindungsvereinbarung sollte allerdings immer geprüft werden, ob die spätere Adoption des Kindes nicht zu einer Vertragsanpassung (§ 242) wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nötigt, und zwar sowohl bei Vereinbarung einer einmaligen Abfindungssumme als auch bei einer Ratenvereinbarung und ohne Rücksicht darauf, ob die Leistungen bereits erbracht wurden oder nicht (vgl MünchKomm-LÜDERITZ §§ 1754, 1755 Rz 18; – **aA** BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; ERMAN-HOLZHAUER Rz 5; SOERGEL-LIERMANN Rz 3).
- 13 Da Unterhaltsansprüche bis zur Adoption nicht erlöschen und eine Vaterschaftsfeststellung auch nach der Adoption zulässig ist (Rz 15), haben die Annehmenden es auch nach Jahren in der Hand, den Vater eines nichtehel geborenen Kindes feststellen zu lassen und auf Zahlung von Unterhalt zu verklagen (vgl § 1615 d). Selbst wenn ein Säugling von seinen künftigen Adoptiveltern sofort aus der Klinik abgeholt wurde, konnte deren primäre gesetzl Unterhaltspflicht nach § 1751 Abs 4 S 1 frühestens 8 Wochen nach der Geburt entstehen, nachdem die Mutter die erforderliche Einwilligung erteilt hatte (§ 1747 Abs 3 S 1). Zumindest für diese Zeitspanne kommt also immer ein Anspruch des Kindes auf rückständigen Unterhalt in Betracht. Ob allerdings eine gesetzl Regelung sinnvoll ist, die den Unterhaltsregreß nach der Adoption auch dann in das Belieben der Annehmenden stellt, wenn das JugA (§ 1706) es vor der Adoption für richtig hielt, von einer Vaterschaftsfeststellung Abstand zu nehmen, ist eine andere Frage.

14 3. Fortwirken der natürlichen Verwandtschaft

Trotz des Erlöschens der Verwandtschaftsbeziehungen gibt es einige Rechtsbereiche, in denen das natürliche Verwandtschaftsverhältnis fortwirkt. So besteht weiter-

hin das **Eheverbot** der leibl Verwandtschaft (§ 4 Abs 1 EheG). Die natürliche Abstammung muß daher bei der Eheschließung durch Vorlage einer Abstammungsurkunde nachgewiesen werden (§ 5 Abs 1 PStG). Im **Strafrecht** behält die leibl Verwandtschaft auch nach der Annahme ihre teils privilegierende, teils strafbegründende Bedeutung (§§ 11 Nr 1 a, 173 Abs 1, 174 Abs 1 Nr 3 StGB). Im **gerichtl Verfahren** und im **Verwaltungsverfahren** ist der leibl Verwandte eines Verfahrens-beteiligten auch nach der Annahme (ebenso wie nach einer früheren Ehe) von bestimmten Tätigkeiten ausgeschlossen, zB als Richter (§§ 41 Nr 3 ZPO, 22 Nr 3 StPO, 54 Abs 1 VwGO), Notar (§§ 16 Abs 1 BNotO, 26 Abs 1 Nr 4 BeurkG), Verwaltungsbeamter (§ 20 Abs 1 Nr 4 iVm Abs 5 VwVfG). Das **Zeugnisverweigerungsrecht** bleibt auch nach der Annahme bestehen (§§ 383 Abs 1 Nr 3 ZPO, 52 Abs 1 Nr 3 StPO, 98 VwGO). Nicht recht überzeugen will die durch Ges v 18. 8. 1980 (BGBl I 1537) eingeführte Regelung des § 15 Abs 1 a **ErbStG**, der die nach BGB erloschene Verwandtschaft für die Steuerklassen I, II, III Nr 1–3 bestehen läßt.

V. Abstammungsfeststellung nach der Adoption

15

Nach **allgM** ist eine **Vaterschaftsfeststellung** auch nach erfolgter **Adoption** zulässig (OLG Celle DAVorm 1980, 940; OLG Braunschweig OLGZ 1979, 344 = DAVorm 1978, 639 = NdsRpfl 1979, 39; BT-Drucks 7/5087, 16; BAER-GROSS 67 f; OBERLOSKAMP 161 ff; BEITZKE § 33 II 5 b; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 11; SOERGEL-LIERMANN Rz 7; MünchKomm-LÜDERITZ §§ 1754, 1755 Rz 16; ROTH-STIELOW Rz 5; ERMAN-HOLZHAUER Rz 7; krit GERNHUBER § 62 IX 3). Begründen läßt sich diese Ansicht mit den rechtl Nachwirkungen des Altstatus (vgl dazu Rz 14). Diese Nachwirkungen sind, sofern es nicht gerade um Ansprüche auf rückständigen Unterhalt geht (vgl OLG Celle DAVorm 1980, 940), nur in seltenen Fällen von besonderem aktuellen Interesse. Wichtiger ist das auch vom BVerfG (vor allem BVerfGE 79, 256 = NJW 1989, 891 = FamRZ 1989, 255) anerkannte Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, das allerdings allein eine Klage kaum rechtfertigen dürfte. Dem dt Recht ist jedenfalls traditionell eine Klage auf Feststellung bloßer blutsmäßiger Beziehungen abseits aller Rechtswirkungen fremd (vgl FRANK FamRZ 1988, 113, 117 f). Auch das Recht auf Kenntnis der Herkunft verpflichtet den Staat nicht, zwecks Klärung bloßer Abstammungsfragen Gerichtshilfe zu leisten. Andere Rechtsordnungen verbieten zT, wie bspw *Italien* (Art 352 cc) und die *Schweiz* (HEGNAUER, Berner Kommentar: Das Familienrecht, Entstehung des Kindesverhältnisses [4. Aufl 1984] Art 261 Rz 10), Vaterschaftsfeststellungen nach erfolgter Adoption. Für das dt Recht wird man dennoch wegen der zwar unwahrscheinlichen, aber doch möglichen späteren Relevanz einer festgestellten Vaterschaft eine entsprechende Klage generell und jederzeit zulassen müssen.

Das **Inkognito** braucht durch ein solches Verfahren nicht gefährdet zu werden. Für **16** die Adoptiveltern kann ein **Ergänzungspfleger** (§ 1909 Abs 1 S 1) bestellt werden (OLG Braunschweig OLGZ 1979, 324, 325 = DAVorm 1978, 639, 640 = NdsRpfl 1979, 39; OLG Karlsruhe FamRZ 1975, 507, 508 u FamRZ 1966, 268 f; BT-Drucks 7/5087, 16; BARTH ZfJ 1984, 68, 69 f; OBERLOSKAMP 163; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 11), und für die Bezeichnung einer Partei genügt es, wenn deren Identität eindeutig bestimmt ist, was etwa durch die Formulierung „das am ... geborene und im Geburtsregister unter dem Namen ... eingetragene Kind“ möglich ist (vgl OLG Braunschweig OLGZ 1979, 324, 325 = DAVorm 1978, 639, 640 = NdRpfl 1979, 39; OLG Karlsruhe 1975, 507, 508 u FamRZ 1966, 268; BARTH ZfJ 1984, 68, 70).

War die **Vaterschaftsfeststellungsklage** vom gesetzl Vertreter des Kindes bereits **vor 17 der Adoption** erhoben worden (vgl dazu § 1747 Rz 43), so ist es nach der Adoption

Sache der Annehmenden, zu entscheiden, ob sie den Rechtsstreit fortführen wollen (OLG Braunschweig OLGZ 1979, 324 = DAVorm 1978, 639 = NdsRpfl 1979, 39; BARTH ZfJ 1984, 68, 69; OBERLOSKAMP 163; BAER-GROSS 69 f). Gegen ihren Willen kann jedenfalls kein Ergänzungspfleger bestellt werden (OLG Braunschweig OLGZ 1979, 324 = DAVorm 1978, 639 = NdsRpfl 1979, 39).

- 18** Wer sich für eine Vaterschaftsfeststellung nach erfolgter Adoption ausspricht, muß auch eine Ehelichkeitsanfechtung durch das Kind oder den Ehemann der leiblichen Mutter nach der Adoption zulassen (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 11; ERMANN-HOLZHAUER Rz 7; MünchKomm-LÜDERITZ §§ 1754, 1755 Rz 16; zur Wahrung des Inkognitos vgl OLG Karlsruhe FamRZ 1966, 268 und als Vorinstanz LG Mannheim NJW 1966, 357).

§ 1756

Sind die Annehmenden mit dem Kind im zweiten oder dritten Grad verwandt oder verschwägert, so erlöschen nur das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den Eltern des Kindes und die sich aus ihm ergebenden Rechte und Pflichten.

Nimmt ein Ehegatte das eheliche Kind seines Ehegatten an, dessen frühere Ehe durch Tod aufgelöst ist, so tritt das Erlöschen nicht im Verhältnis zu den Verwandten des verstorbenen Elternteils ein.

BT-Drucks 7/3061, 21 f, 44 f. 75 f, 85; BT-Drucks 7/5087, 7, 17 f, 30 f.

Systematische Übersicht

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1. Die Regelung v Abs 1 1
2. Die Regelung v Abs 2 5

- c) Rechtsbeziehungen zwischen Kind und leiblichen Geschwistern 21
- d) Rechtsbeziehungen zwischen Kind und leiblichen Eltern 26

II. Die Regelung v Abs 1

1. Voraussetzungen 10
2. Rechtsfolgen 15
 - a) Das Grundmuster der gesetzlichen Regelung 15
 - b) Mehrfache Verwandtschaft 17

III. Die Regelung v Abs 2

1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen 28
2. Annahme eines Kindes des verstorbenen Ehegatten 31
3. Stiefkindadoption nach Verwandten- oder Verschwägertenadoption 32

Alphabetische Übersicht

Adoption durch

- Bruder oder Schwester bzw deren Ehegatten 2, 10, 12, 16
- einen Großelternteil bzw dessen Ehegatten 2, 10, 12, 16, 18
- einen Urgroßelternteil bzw dessen Ehegatten 2, 10
- Onkel oder Tante bzw deren Ehegatten 1 f, 10, 12 ff, 18, 26 f, 32 ff

Adoption, sukzessive durch Ehegatten 13

Adoptionstypen, Einführung zweier verschiedener 1, 6

Adoptivverwandtschaft der leiblichen Eltern mit dem Kind 27

Auflösung der Ehe der Annehmenden 5 ff, 12, 28 f, 31

- durch Scheidung 6 f, 9, 12, 28
- durch Tod 5 ff, 12, 28 f, 31

Eheverbot der Verwandtschaft oder Schwägerschaft 25

Einzeladoption 4, 11 f

Entstehungsgeschichte 1, 5 ff, 22

Erbschaftsteuer 25

Folgen, erbrechtliche 4, 9, 17 f, 20 ff, 30

Großelternpaar, Erwerb von mehr als drei -en 29

8. Titel. Annahme als Kind

Kind 7, 14	Schwägerschaft im 2. oder 3. Grad 10
– Adoption des ehelichen -es 7, 14	Stiefkindadoption 5 ff, 12, 28 ff
– Adoption des nichtehelichen -es 7, 14	– mehrfache 29
	– nach dem Tod eines leiblichen Eltern- teils durch dessen Ehegatten 31
Mehrfachadoption 29	– nach Verwandten- oder Ver- schwägertenadoption 32 ff
Normzweck 1, 5, 9	Verschwägte 4, 11 ff
	– Einzeladoption durch 4, 11 f
Rechtsbeziehungen des Kindes zu	– gemeinsame Adoption durch den -n und seinen neuen Ehegatten 13
– seinen leiblichen Eltern 1, 9, 14, 16, 19, 26 f, 31, 33, 35	Verwandschaft 10, 17 ff
– seinen leiblichen Geschwistern 17, 21 ff, 30	– im 2. oder 3. Grad 10
– seinen leiblichen Großeltern 1, 15 f, 20, 23	– mehrfache 17 ff
Rechtsordnungen, ausländische 2, 9	Verwirrung natürlicher Verwandtschafts- verhältnisse 3
	Zweitadoption 29, 32 ff

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1. Die Regelung v Abs 1

1

Bei der Reform des Adoptionsrechts bestand Einmütigkeit darüber, daß die Volladoption als Adoptionstyp nicht paßt, wenn Kinder angenommen werden, die mit dem Annehmenden bereits eng verwandt sind. Das Kind brauche in einem solchen Fall zwar neue Eltern, aber keine neuen Verwandten. Die Anregung, neben der Volladoption einen zweiten Adoptionstyp wahlweise einzuführen, der mit Blick auf die Annahme nicht fürsorgebedürftiger Kinder eine Kompromißlösung zwischen alter und neuer Familie darstellen sollte, ist vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen worden (Näheres § 1754 Rz 3). Er hat es stattdessen vorgezogen, für den besonderen Fall der Annahme durch Verwandte oder Verschwägte 2. oder 3. Grades eine **Sonderregelung** einzuführen. § 1756 Abs 1 geht letztlich auf einen Vorschlag von LÜDERITZ (Adoption [1972] 78 ff) zurück, von dem jedoch inhaltlich wenig übriggeblieben ist. LÜDERITZ hatte für eine Lösung plädiert, nach der mit der Adoption die Eltern ausgetauscht werden, die Verwandschaft im übrigen aber unverändert beibehalten wird. Nach der Ges gewordenen Regelung des § 1756 Abs 1, die in den wesentlichen Grundzügen schon im **RegE** (BT-Drucks 7/3061, 21 f, 44) enthalten war, erlöschen zwar die Rechtsbeziehungen zwischen Kind und leibl Eltern, dem Kind wird auch die alte Verwandschaft belassen, aber es erwirbt nach § 1754 wie ein volladoptiertes Kind neue Verwandte hinzu. Beispielhaft verdeutlicht: Bei einer Adoption durch den Onkel und dessen Ehefrau behält das Kind seine leibl Großeltern und erhält darüber hinaus nach der mitadoptierenden Ehefrau des Onkels ein 3. Großelternpaar. Zu Komplikationen führt die Vorstellung des Gesetzgebers, daß bereits vorhandene Verwandschaft einerseits unverändert erhalten bleiben (§ 1756 Abs 1), andererseits aber auch iS d Volladoption nach dem annehmenden Verwandten neu berechnet werden soll (§ 1754). Der adoptierende Onkel wird so gesehen Vater, ohne seine Stellung als leibl Onkel zu verlieren (Näheres dazu unten Rz 15 f).

Insg muß die **Regelung** des Abs 1 als **mißglückt** bezeichnet werden. Sie ist „ein 2 unübersichtliches rechtl Flickwerk ohne klare Konzeption“ (FRANK 182; vgl auch ENGLER FamRZ 1975, 125, 127; ROTH 211 ff; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 1). Zunächst will nicht überzeugen, daß eine Sonderregelung für die ohnehin problematischen und seltenen Fälle der Adoption durch Großeltern, Geschwister, Onkel, Tante und deren Ehegatten notwendig sein soll. International ist keine Rechtsord-

nung bekannt, die für eine ähnlich eng umgrenzte Fallgruppe einen besonderen Adoptionstyp eingeführt hätte. Selbst das italienische Recht, das insoweit noch am ehesten mit dem deutschen vergleichbar ist, läßt die sog einfache Adoption für Verwandte bis zum 6. Grade zu, beschränkt sie aber nicht etwa auf Verwandte, sondern bezieht andere gesetzl näher umschriebene Fallgruppen nicht fürsorgebedürftiger Minderjähriger mit ein (Artt 44, 55 Ges Nr 184 v 4. 5. 1983).

- 3 Gegen die Verwandtenadoption wird allg zu Recht ins Feld geführt, daß sie zu einer **Verwirrung natürlicher Verwandtschaftsverhältnisse** führe (vgl § 1741 Rz 21). Gerade dieses Problem, das LÜDERITZ mit seinem Vorschlag lösen wollte, ist durch die §§ 1754–1756 nicht nur nicht gelöst, sondern so kompliziert worden, daß eine „normale“ Volladoption – bei allen verständlichen Bedenken – für die Beteiligten einfacher auszurechnen und zu verstehen wäre als das in den §§ 1754–1756 konzipierte Mischgebilde aus einfacher Adoption und Volladoption.
- 4 Eine **Fülle von Ungereimtheiten**, an die der Gesetzgeber nicht gedacht, die er aber durch seine Regelung heraufbeschworen hat, verstärken den negativen Gesamteindruck. Auf Einzeladoptionen durch *Verschwägere* 2. oder 3. Grades paßt die Sonderregelung des Abs 1 nur mit Vorbehalten (vgl Rz 12 f). Das vom Gesetzgeber nicht durchdachte, aber normierte Prinzip mehrfacher Verwandtschaft gibt wertungsmäßig manches Rätsel auf (vgl Rz 17 ff). Im Erbrecht, wo die Verwandtschaftsverhältnisse in erster Linie relevant werden, bleibt einiges unklar (vgl Rz 21 ff).

5 2. Die Regelung v Abs 2

Abs 2 gilt nicht für den Fall der Stiefkindadoption schlechthin, sondern nur für die Annahme eines Stiefkindes, das aus einer durch Tod aufgelösten früheren Ehe des Ehegatten stammt: Das Kind soll in einem solchen Fall nicht nur die rechtl Stellung eines gemeinschaftlichen ehel Kindes der Ehegatten erlangen (§ 1754 Abs 1), sondern auch die vom verstorbenen Elternteil vermittelte Verwandtschaft behalten.

- 6 Nachdem sich bei der Reformdiskussion der Vorschlag, 2 Adoptionstypen wahlweise zur Verfügung zu stellen, nicht hatte durchsetzen können (vgl § 1754 Rz 3), wurden im Gesetzgebungsverfahren unterschiedliche Lösungen für den besonderen Fall der Stiefkindadoption erwogen. Der **RefE** eines Ges zur Neuordnung des Adoptionsrechts v 1973 (DAVorm 1973, 522) sah zunächst eine recht pauschale Sonderbehandlung der Stiefkindadoption vor: Nach den §§ 1756, 1755 Abs 1 S 1, 1752 E sollte einem Stiefkind die Verwandtschaft des durch die Adoption verdrängten nichtsorgeberechtigten Elternteils ausnahmslos erhalten bleiben ohne Unterschied, ob die Ehe der Eltern durch Tod oder Scheidung aufgelöst wird, ob es sich um ein ehel oder nichtehel Kind handelt. Darüber hinaus sollte das Kind voll in die Familie des annehmenden Stiefelternteils integriert werden (§ 1753 E).
- 7 Abweichend vom RefE differenzierte der **RegE** (BT-Drucks 7/3061, 22, 44) zwischen ehel und nichtehel Kindern: Bei der Annahme eines nichtehel Stiefkindes sollten die Rechtswirkungen der Volladoption eintreten, bei der Annahme ehel Stiefkinder dagegen die Rechtsbeziehungen des Kindes zu den Verwandten des verstorbenen oder geschiedenen Elternteils erhalten bleiben (§§ 1755 Abs 2, 1756 Abs 2 E), – allerdings ohne Rücksicht darauf, ob die Ehe durch Tod oder Scheidung aufgelöst wurde.
- 8 Das **AdoptG** v 1976 folgte schließlich einer Empfehlung des RAussch (BT-Drucks 7/5087, 17) und weicht – in Anlehnung an den Vorschlag von LÜDERITZ (79 f) – vom

Prinzip der Volladoption nur bei Stiefkindern ab, die aus einer durch Tod aufgelösten Ehe stammen.

Die **Regelung** des geltenden Rechts ist **vernünftig**, weil im Falle einer durch Tod 9 aufgelösten Ehe in der Tat kein Anlaß besteht, dem Kind die Verwandten seines verstorbenen Elternteils zu nehmen. Auch international – vor allem in den USA (FRANK 87 ff) – sind Sonderregelungen für Stiefkindadoptionen nach dem Tode eines Elternteils nicht unbekannt. Man muß sich allerdings fragen, ob Abs 2 nicht doch **zu eng gefaßt** ist und auf alle Fälle bezogen werden sollte, in denen eine Stiefkindadoption nach dem Tod des nicht mit dem Stiefelternteil verheirateten leiblichen Elternteils stattfindet (näher dazu FRANK 96 f). So will es nicht recht überzeugen, daß ein nichteheliches Kind, das aus einer eheähnlichen Verbindung stammt, anders als ein eheliches die Verwandtschaft seines verstorbenen Vaters notwendigerweise verlieren muß, wenn der spätere Ehemann der Mutter das Kind adoptiert. Auch bei Kindern, die aus einer durch Scheidung aufgelösten Ehe stammen, spricht einiges dafür, dem Kind die Verwandtschaft des nach der Scheidung verstorbenen Elternteils zu belassen (so auch ENGLER FamRZ 1976, 584, 590). Die Bedenken von LÜDERITZ (78 f, 83; NJW 1976, 1865, 1870), daß die Stiefkindadoption im Falle v § 1756 Abs 2 dem Kind nicht nur einen neuen Elternteil, sondern über § 1754 eine künstlich aufgeblähte Verwandtschaft mit 3 Großelternpaaren verschaffe, für die es keine natürliche Entsprechung gebe (vgl FRANK 97), sind sicher begründet, können aber verkräftet werden, da dem Kind aus einer solchen Regelung im wesentlichen doch nur erhebliche Vorteile erwachsen.

II. Die Regelung v Abs 1

1. Voraussetzungen

10

Abs 1 findet Anwendung, wenn die Annehmenden mit dem Kind im 2. oder 3. Grad verwandt oder verschwägert sind (vgl §§ 1589, 1590). Erfaßt werden somit die Annahme durch **Großeltern, Urgroßeltern, Geschwister, Onkel und Tante und deren Ehegatten**. Da gegen die Annahme durch Urgroßeltern, Großeltern und Geschwister unter dem Aspekt des Kindeswohls erhebliche Bedenken bestehen (vgl § 1741 Rz 22), Urgroßeltern als Annehmende außerdem kaum in Betracht kommen, geht es bei Abs 1 im wesentlichen um die Annahme durch Onkel oder Tante und deren Ehepartner.

Abs 1 spricht systemwidrig von Annehmenden im Plural. Grds wird im AdoptG v 11 1976 der Singular auch dann gebraucht, wenn Eheleute ein Kind adoptieren. Es kann indessen keinem Zweifel unterliegen, daß von Abs 1 auch **Einzeladoptionen** durch Personen erfaßt werden, die mit dem Kind im 2. oder 3. Grad entweder verwandt oder verschwägert sind (DIECKMANN ZBJugR 1980, 567, 574 ff; ERMANN-HOLZHAUER Rz 3; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4).

Die Konsequenzen einer **Einzeladoption durch Verschwägte 2. oder 3. Grades** hat 12 der Gesetzgeber allerdings nicht bedacht. Er war wohl der irrigen Ansicht, daß Abs 1 nur Einzeladoptionen durch Verwandte 2. oder 3. Grades oder gemeinsame Adoptionen durch dieselben Verwandten mit ihrem Ehepartner erfasse. Da jedoch die Schwägerschaft die Ehe, durch die sie begründet wurde, überdauert (§ 1590 Abs 2), fallen unter Abs 1 auch Adoptionen durch frühere Ehepartner von Onkel, Tante, Großvater, Großmutter, Bruder, Schwester. Ob es hier sinnvoll ist, dem Kind die mütterliche und väterliche Verwandtschaft zu belassen, obwohl es durch die Adoption einen neuen Verwandtenstamm erhält, erscheint fraglich. Verständlich mag die Lösung des Ges noch sein, wenn die Ehe des Annehmenden durch Tod

aufgelöst wurde. Wurde die Ehe jedoch geschieden, so ist nicht mehr einzusehen, warum dem Kind die alte Verwandtschaft erhalten bleiben soll (FRANK 183 f; **aA** DIECKMANN ZBlJugR 1980, 567, 574 f; ERMAN-HOLZHAUER Rz 3). Bei der Stiefkindadoption hat der Gesetzgeber jedenfalls davon abgesehen, den Grundsatz der Volladoption zu durchbrechen, wenn das Kind aus einer durch Scheidung aufgelösten Ehe stammt (§ 1756 Abs 2, dazu unten Rz 28).

- 13** Fraglich ist, ob Abs 1 auch den Fall erfaßt, daß **der im 2. oder 3. Grad Verschwägte das Kind zusammen mit seinem neuen Ehegatten annimmt**, der mit dem Kind weder verwandt noch verschwägert ist. Beispiel: Die geschiedene Ehefrau des Onkels adoptiert das Kind zusammen mit ihrem neuen Ehemann. Man wird die Frage verneinen müssen (DIECKMANN ZBlJugR 1980, 567, 579 f; **aA** ERMAN-HOLZHAUER Rz 3; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4). Formal könnte argumentiert werden, Abs 1 setze voraus, daß jeder Ehegatte mit dem Kind entweder im 2. oder 3. Grad verwandt oder verschwägert ist. Überzeugender ist die Überlegung, daß bei einer „Zweistufen-Adoption“, zunächst durch die geschiedene Ehefrau des Onkels und später – nach der Wiederverheiratung – durch den Ehemann, die Beziehungen des Kindes zur Ursprungsfamilie erlöschen würden. Warum das Ergebnis anders sein soll, wenn die Eheleute das Kind sofort gemeinsam annehmen, ist in der Tat nicht einzusehen. Bei einer „Zweistufen-Adoption“ würde zwar die Erstadoption dem Kind nach Abs 1 die bisherige Verwandtschaft erhalten. Bei der zweiten Adoption würde jedoch das Kind gemeinschaftliches ehel Kind der Ehegatten (§ 1754 Abs 1) werden; weder § 1756 Abs 1 noch § 1756 Abs 2 würden dem Kind die alte leibl Verwandtschaft „retten“.
- 14** Keine Voraussetzung von Abs 1 ist, daß es sich um ein ehel Kind handelt (unbestr.; Bedenken bei SCHMITT-KAMMLER FamRZ 1978, 570, 573). Wertungsmäßig dürfte allerdings die **Anwendung des Abs 1 auf nichtehel Kinder** nicht ganz unproblematisch sein. Adoptiert zB die Mutter ihr nichtehel Kind, so erlöschen die Rechtsbeziehungen des Kindes zum Vater und dessen Verwandten. Adoptiert dagegen die Schwester der Mutter, so bleibt dem Kind die väterliche Verwandtschaft erhalten. Solange der Gesetzgeber ein gemeinsames Sorgerecht nichtverheirateter Eltern verbietet und die Adoption des eigenen Kindes als ein legitimes Mittel der Ausgrenzung betrachtet, erscheint es systematisch jedenfalls bedenklich, wenn im Falle einer Verwandtenadoption plötzlich die familiäre Solidarität von Vater- und Mutterfamilie ins Zentrum der Betrachtung gerückt wird.

2. Rechtsfolgen

15 a) Das Grundmuster der gesetzlichen Regelung

§ 1756 Abs 1 ist im **Zusammenhang mit §§ 1754, 1755** zu sehen.

An § 1754 ändert § 1756 Abs 1 nichts. Das Kind wird also vollständig in die Familie des oder der Annehmenden integriert. Bei einer Adoption durch den Onkel väterlicherseits wird der Onkel zum Vater; seine Kinder werden zu Geschwistern des Stiefkindes; die Großeltern väterlicherseits bleiben allerdings Großeltern, weil die Adoption die bereits bestehende verwandtschaftl Beziehung nicht verändern kann. Nimmt der Onkel das Kind zusammen mit seiner Ehefrau an, so wird diese Adoptivmutter; ihre Verwandten werden auch Verwandte des Kindes. Da das Kind nach § 1756 Abs 1 die durch seine leibl Eltern vermittelten Verwandten behält, erwirbt es somit über seine Adoptivmutter einen 3. Verwandtenstamm, hat also zB 3 Großelternpaare.

§ 1756 Abs 1 schränkt den Anwendungsbereich v § 1755 Abs 1 ein, spielt also bei 16 Ausgliederungs-, nicht bei Eingliederungsfragen eine Rolle. Mit der Annahme erlischt nach § 1756 Abs 1 nur das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den leibl Eltern. Alle anderen Verwandtschaftsverhältnisse bleiben bestehen. Für das Beispiel einer Adoption durch den Onkel väterlicherseits und seine Ehefrau bedeutet das: Das Kind behält seine Verwandten mütterlicherseits. Aus dem Verwandtschaftsverband scheidet lediglich die leibl Mutter selbst aus. Was die Verwandten väterlicherseits anbelangt, so bleiben auch diese dem Kind erhalten; es erlischt nur die Vater-Kind-Beziehung. **Verständnisschwierigkeiten** entstehen dadurch, daß § 1754 den adoptierenden Onkel väterlicherseits zum Vater macht und die Verwandtschaft der Vaterlinie nach den Grundsätzen der Volladoption neu ordnet, während § 1756 Abs 1 in scheinbarem Widerspruch dazu bestimmt, daß die Verwandtschaftsverhältnisse väterlicherseits (außer der Vater-Kind-Beziehung) unverändert fortbestehen sollen. Will man dem Gesetzestext gerecht werden, so muß man den adoptierenden Onkel rechtl in einer Doppelrolle sehen: Er ist Adoptivvater und leibl Onkel zugleich. Entsprechend sind die Kinder des Onkels sowohl Adoptivgeschwister als auch leibl Vettern und Cousinen. Eine Adoption durch die Großeltern mütterlicherseits rückt die gesamte Aszendenz mütterlicherseits um 1 Grad näher an das Kind heran (§ 1754), während § 1756 Abs 1 dem gleichen Personenkreis die alte verwandtschaftliche Stellung beläßt. Bei einer Adoption durch Geschwister bleiben die Großeltern was sie waren und werden zusätzlich zu „Adoptiv-“Urgroßeltern. Zur Frage, ob die aus dem Verwandtschaftsverband ausscheidenden leibl Eltern mit dem Kind grad- und linienverschoben adoptivverwandt werden, vgl Rz 27.

b) Mehrfache Verwandtschaft

17

Der Gesetzgeber hat die besondere Problematik der mehrfachen Verwandtschaft nicht, allenfalls andeutungsweise gesehen (Überblick bei DIECKMANN ZBlJugR 1980, 567, 570 ff). Im RegE (BT-Drucks 7/3061, 44) heißt es lapidar: „Ungerechtfertigt wäre es, wenn das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zu den bisherigen Verwandten des Kindes erlöschen würde. Diese Konsequenz wäre ohne Folgen im Verhältnis zu den Verwandten, zu denen durch die Annahme über die neuen Eltern die Verwandtschaft neu begründet würde. Erlöschen würde jedoch das Verwandtschaftsverhältnis zum Stamm des Elternteils, mit dem die neuen Eltern nicht verwandt sind.“ Diskutiert wurde allerdings, ob die leibl Geschwister des Adoptivkindes entsprechend ihrer Geschwistereigenschaft Erben der 2. Ordnung bleiben sollen oder nicht. Diese Diskussion führte schließlich zur Sonderregelung des § 1925 Abs 4 (dazu unten Rz 21 ff). Im übrigen kann wegen des klaren (wenn auch unbefriedigenden) Gesetzeswortlauts das durch § 1754 einerseits und § 1756 Abs 1 andererseits bedingte **Prinzip mehrfacher Verwandtschaft** kaum in Zweifel gezogen werden.

Die mehrfache Verwandtschaft führt iE allerdings nicht zu so großen Komplikationen, wie man auf den ersten Blick annehmen möchte; denn eine Mehrfachberufung nach § 1927 setzt die Zugehörigkeit zu verschiedenen Stämmen *in derselben Ordnung* voraus. Ansonsten gilt § 1930. Stirbt das Kind, so wird es in der 2. Ordnung von seinen Adoptiveltern beerbt. Daß der adoptierende Onkel rechtl auch Onkel geblieben ist, interessiert nicht. Umgekehrt beerbt das Kind seine Adoptiveltern in der 1. Ordnung, wobei es ebenfalls ohne Belang ist, ob der Adoptivvater gleichzeitig leibl Onkel des Kindes ist oder nicht. Mehrfachberufungen nach § 1927 sind indessen durchaus denkbar.

1. Beispiel: Kind K wird vom Großvater G väterlicherseits adoptiert. G verstirbt und hinterläßt außer seinem Adoptivkind K einen leibl Sohn S. Der leibl Vater V des K, ebenfalls ein Sohn des G, ist vorverstorben, ohne (außer dem von G adoptierten K) Kinder zu hinterlassen.

K wird gesetzl Erbe zu $\frac{2}{3}$, S zu $\frac{1}{3}$. Durch die Adoption wurde neben den Stämmen V und S ein 3. Stamm K begründet. K erbt als Adoptivkind (§ 1754) $\frac{1}{3}$ und als Enkelkind (§ 1756 Abs 1) im Stamme V ebenfalls $\frac{1}{3}$.

2. *Beispiel:* Kind K wird von seinem Onkel O väterlicherseits adoptiert. Der Großvater väterlicherseits verstirbt und hinterläßt als nächste Angehörige sein Enkelkind K und einen Sohn S. O und der leibl Vater V des K, beide ebenfalls Söhne des G, sind vorverstorben.

Auch hier wird K Erbe zu $\frac{2}{3}$. Er repräsentiert sowohl den Stamm des O als Adoptivkind als auch des V, da er ja leibl Enkel des G geblieben ist (§ 1756 Abs 1). S ist Erbe zu $\frac{1}{3}$.

- 19 In beiden Fällen mag man über Sinn oder Unsinn der gesetzl Regelung diskutieren. An Mehrfachverwandtschaften hat der Gesetzgeber nicht gedacht, sie aber normiert. Man sollte deshalb nicht versuchen, ein gesetzl vorgezeichnetes Ergebnis wieder in Frage zu stellen (ROTH 189 u 193; STAUDINGER-WERNER § 1927 Rz 6; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 9; SOERGEL-LIERMANN Rz 28). Nachbesserungen sind Aufgabe des Gesetzgebers. Insbes geht es angesichts des klaren Wortlauts in § 1754 und § 1756 Abs 1 nicht an, bei konkurrierender Verwandtschaft die leibl Verwandtschaft als durch die Adoptivverwandtschaft aufgezehrt anzusehen (aA DIECKMANN ZBJugR 1980, 567, 573 Fn 24; GERNHUBER § 62 X Fn 2; ERMAN-HOLZHAUER Rz 7 in Abweichung von der VoraufL Rz 9; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 9). Das würde sachlich bedeuten, daß nach § 1756 Abs 1 nicht nur das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den Eltern des Kindes erlöschen würde, sondern auch zu den Verwandten, mit denen das Kind gem § 1754 verwandt wird. So aber lautet § 1756 Abs 1 gerade nicht (vgl DIECKMANN ZBJugR 1980, 567, 573 f).
- 20 Die mehrfache Verwandtschaft kann allerdings nicht dazu führen, daß leibl Großeltern, die zugleich Adoptivgroßeltern sind, ihr Enkelkind entspr § 1927 mit einem doppelten Erbteil beerben (so aber ROTH 193; aA GERNHUBER § 62 X Fn 2; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 9; SOERGEL-LIERMANN Rz 8). Die Erbfolge nach Stämmen gilt nur für Deszendenten.

21 c) Rechtsbeziehungen zwischen Kind und leiblichen Geschwistern

Da nach Abs 1 nur das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den Eltern erlischt, bleibt das **Adoptivkind mit seinen leibl Geschwistern nach wie vor im 2. Grad verwandt**. § 1925 Abs 4 kann so gesehen nur als eine auf das Erbrecht bezogene **Ausnahmeregelung** von § 1756 Abs 1 verstanden werden.

- 22 Diese Interpretation war im Gesetzgebungsverfahren nicht unstrittig. Die Bundesregierung hatte aus der fehlenden Verwandtschaft des Adoptivkindes mit seinen leibl Eltern den Schluß gezogen, daß diese nicht mehr in der Lage seien, die Verwandtschaft zu den leibl Geschwistern weiterzuvermitteln. Auch ohne jede erbrechtl Sonderregelung würde deshalb das Adoptivkind in der 2. Ordnung von seinen Adoptivgeschwistern, nicht aber von seinen leibl Geschwistern beerbt (BT-Drucks 7/3061, 44 u 85). Die leibl Geschwister könnten allerdings nach dem angenommenen Kind (und umgekehrt) über die gemeinsamen Großeltern Erben der 3. Ordnung sein, wenn Erben der 2. Ordnung (Adoptiveltern, Adoptivgeschwister) nicht vorhanden seien (so der RAussch BT-Drucks 7/5087, 17). Dieser Interpretation hatte der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum RegE widersprochen (BT-Drucks 7/3061, 75), weil der Gesetzeswortlaut die Rechtsbeziehungen zwischen Adoptivkind und leibl Geschwistern gerade nicht in Frage stelle. Durch die Regelung des § 1925 Abs 4 ist nunmehr die Kontroverse in der Sache ausgestanden: Das angenommene Kind und die Abkömmlinge der leibl Eltern sind nach Abs 4 nicht Erben der 2. Ordnung. Sie sind im Verhältnis zueinander von Abkömmlingen der Eltern zu Abkömmlingen der Großeltern „degradiert“ und der 3. Ord-

nung zugewiesen. Daß eine Erbberechtigung 2. Ordnung schlechterdings nicht vorstellbar sei, stimmt allerdings nicht, weil die Geschwister durch die neubegründete Adoptivverwandschaft (§ 1754) durchaus in die 2. Ordnung „befördert“ worden sein können, aus der sie als leibl Geschwister gerade verbannt wurden.

Beispiel: Wird K von seinem Großvater adoptiert, so kann der leibl Bruder des K diesen in der 2. Ordnung beerben.

§ 1925 Abs 4 ist deshalb um die Worte ergänzt zu denken: „... soweit nicht durch die Annahme als Kind ein Verwandtschaftsverhältnis neu begründet worden ist, das ein Erbrecht in der 2. Ordnung verleiht“ (SCHMITT-KAMMLER FamRZ 1978, 570, 571).

Offen bleibt weiterhin, ob § **1925 Abs 4** nur klarstellende (so ROTH 172 f, insbes 175; **23** DIECKMANN ZBIJugR 1980, 567, 569 f, 572; SCHMITT-KAMMLER FamRZ 1978, 570, 571, der allerdings meint, daß – von § 1925 Abs 4 abgesehen – ein fortdauerndes Verwandtschaftsverhältnis 2. Grades nicht verneint zu werden brauche; KRAISS BWNotZ 1977, 1, 5; DITTMANN Rpfleger 1978, 277, 279; PALANDT-EDENHOFER § 1925 Anm 5 c; MünchKomm-LEIPOLD § 1925 Rz 11) oder als Ausnahme von § 1756 Abs 1 **konstitutive Bedeutung** (so FRANK 182 Fn 333; GERNHUBER § 62 X 2; NÄGELE BWNotZ 1978, 79; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5 u 11; ERMAN-HOLZHAUER Rz 4) hat. Richtig dürfte die letztgenannte Ansicht sein. Nach § 1756 Abs 1 „erlöschen nur das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes ... zu den Eltern des Kindes“, alle anderen verwandtschaftl Beziehungen sollen offenbar „bleiben wie sie sind“. Die Herauslösung der Eltern aus dem Verwandtschaftsverband nach § 1756 Abs 1 ist eine „seinswidrige Fiktion“ (ERMAN-HOLZHAUER Rz 4), die nicht durch eine an der natürlichen Verwandtschaft orientierte Logik wieder ad absurdum geführt werden darf. Ohne leibl Eltern gäbe es überhaupt keine leibl Verwandten. Daß dem Kind seine leibl Großeltern als solche erhalten bleiben, wird von niemandem bestritten.

Wenn § 1925 Abs 4 wirklich konstitutive Bedeutung hat, dann muß es für diese **24** Sonderregelung auch einen sachlichen Grund geben, der weiterträgt als das vordergründige Argument. Geschwister seien ohne gemeinsame Eltern nicht denkbar. Schon der RegE (BT-Drucks 7/3061, 44) hatte diesen Grund in der Überlegung gesehen, daß Vermögen aus der Adoptivfamilie nicht auf kurzem Weg über das Adoptivkind in die alte Familie abfließen soll. Diese Überlegung hat einiges für sich, obwohl auch der umgekehrte Weg bedacht werden muß, daß von den leibl Eltern erworbenes Vermögen über das Adoptivkind an die Adoptivgeschwister unter Ausschluß der leibl Geschwister gelangt.

Die praktische Bedeutung der Feststellung, daß – von § 1925 Abs 4 abgesehen – **25** leibl Geschwister wegen § 1756 Abs 1 auch nach der Adoption Geschwister des Angenommenen bleiben, ist gering: Im Erbschaftsteuerrecht wird Verwandtschaft, die infolge einer Adoption erloschen ist, fortbestehender oder neubegründeter Verwandtschaft ausdrücklich gleichgestellt (§ 15 Abs 1 a ErbStG). Auch das Eheverbot des § 4 EheG gilt ohne Rücksicht darauf, ob die Verwandtschaft durch Adoption erloschen ist oder nicht. Lediglich für die Ausschließung von Amtshandlungen als Richter (§§ 41 Nr 3 ZPO, 22 Nr 3 StPO, 54 Abs 1 VwGO), Notar (§§ 16 Abs 1 BNotO iVm 93 Abs 1 Nr 3 BeurkG), Verwaltungsbeamter (§ 20 Abs 1 Nr 4 iVm Abs 5 VwVfG) und für das Zeugnisverweigerungsrecht (§§ 383 Abs 1 Nr 3 ZPO, 52 Abs 1 Nr 3 StPO, 98 VwGO) kann die fortbestehende Geschwistereigenschaft insoweit eine Rolle spielen, als bei der Eheschließung eines Geschwisters nach der Adoption dessen Ehegatte mit den übrigen Geschwistern und dem Angenommenen im 2. Grad verschwägert wird.

26 d) Rechtsbeziehungen zwischen Kind und leiblichen Eltern

Nach § 1756 Abs 1 iVm § 1755 Abs 1 erlischt das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu seinen leibl Eltern. **Im Verhältnis Kind-leibl Eltern scheiden die Eltern vollständig aus dem Verwandtschaftsverband aus.** Sie sind iS des Erbrechts als nicht vorhanden zu betrachten. Das Kind kann weder seine leibl Eltern beerben noch umgekehrt. Nach dem Tod des von seinem Onkel väterlicherseits angenommenen Kindes können deshalb die leibl Eltern das Kind in der 3. Ordnung selbst dann nicht beerben, wenn die Großeltern des Kindes vorverstorben sind, so daß an sich ein Eintrittsrecht der leibl Eltern als Abkömmlinge dieser Großeltern zur Diskussion stünde (ROTH 179 f; DIECKMANN FamRZ 1979, 389, 395 Fn 36 u ZBIJugR 1980, 567, 573 Fn 22; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5 u 6. Für ein Eintrittsrecht der leibl Eltern SCHMITT-KAMMLER FamRZ 1978, 572 f; ERMAN-HOLZHAUER Rz 25).

- 27** Eine ganz andere Frage ist es, ob ein **leibl Elternteil**, der als solcher aus dem Verwandtschaftsverband ausscheidet (§ 1756 Abs 1), mit dem Kind infolge Adoption weiterhin grad- und ggf linienverschieben **adoptivverwandt** bleibt (§ 1754). Die Frage wird zu Recht allg bejaht (ROTH 191, 194; SCHMITT-KAMMLER FamRZ 1978, 570, 573; DIECKMANN ZBIJugR 1980, 567, 573; ERMAN-HOLZHAUER Rz 5; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 8). Wird das Kind von seinem Onkel väterlicherseits angenommen, so wird der leibl Vater zum Adoptivonkel. Wird es von einer älteren Schwester adoptiert, so werden die leibl Eltern zu Adoptivgroßeltern. Im Falle einer Adoption durch die väterlichen Großeltern wird der leibl Vater zum Adoptivbruder. In der Eigenschaft als Adoptivverwandte können Vater und Mutter durchaus ihr Kind beerben und umgekehrt. Für das oben gewählte Beispiel einer Adoption des Kindes durch seinen Onkel väterlicherseits bedeutet das: Nach dem Tod des Kindes kann der leibl Vater in seiner Eigenschaft als Adoptivonkel das Kind in der 3. Ordnung beerben, falls die väterlichen Großeltern vorverstorben sind. Dagegen scheidet die Mutter als Erbin aus, weil zu ihr keine Adoptivverwandtschaft begründet wurde und Rechtsbeziehungen aufgrund leibl Verwandtschaft nicht fortbestehen.

III. Die Regelung v Abs 2**28 1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen**

Abs 2 gilt nur, wenn ein Stiefkind angenommen wird, das aus einer durch Tod aufgelösten Ehe des anderen Ehegatten stammt. Die Bestimmung gilt nicht für nichtehel Kinder, auch nicht für ehel Kinder, die aus einer geschiedenen Ehe des anderen Ehegatten stammen.

Das Kind wird infolge der Adoption gemeinschaftliches ehel Kind der Ehegatten (§ 1754 Abs 1). Es behält außerdem die Verwandten des verstorbenen Elternteils, hat also ggf 3 Großelternpaare.

- 29 Stiefkinder, die aus einer durch Tod aufgelösten früheren Ehe stammen, können mehrmals** jeweils nach dem Tod eines Elternteils und Wiederheirat des anderen **adoptiert werden.**

Beispiel: Witwe A heiratet erneut. Ehemann B nimmt ihr ehel Kind an. Nach dem Tod der A heiratet B die C, die das Kind ebenfalls adoptiert. Nach dem Tod des B heiratet C ...

In einem solchen Fall erhält das Kind entgegen ENGLER (FamRZ 1976, 584, 586) niemals mehr als 3 Großelternpaare. § 1756 Abs 2 garantiert dem Kind nicht die bisherige Verwandtschaft schlechthin, sondern nur die des verstorbenen Elternteils. Die 2. Adoption durch C beläßt also dem Kind seine Verwandten mütterlicherseits,

nimmt ihm aber die väterlicherseits (§ 1755), welche ihm nach der 1. Adoption gem § 1756 Abs 2 noch verblieben waren (DIECKMANN ZBJugR 1980, 567, 578).

Leibl **Geschwister des Adoptivkindes** bleiben im Falle des Abs 2 Geschwister, **30** obwohl § **1925 Abs 4** hinsichtl der erbrechtl Wirkungen der Stiefkindadoption eine Ausnahmeregelung zu § 1756 Abs 2 enthält: Das angenommene Kind und seine leibl Geschwister sind im Verhältnis zueinander nicht Erben der 2., sondern der 3. Ordnung. Wie bei der Verwandtenadoption (oben Rz 24) soll verhindert werden, daß über das adoptierte Stiefkind Vermögen des Stiefelternteils auf kurzem Wege an die einseitigen Verwandten des verstorbenen leibl Elternteils gelangt. Verfehlt ist die Regelung des § 1925 Abs 4 allerdings insoweit, als sie nicht nur den einseitigen Abkömmlingen des verstorbenen Elternteils, sondern den leibl Geschwistern des Stiefkindes schlechthin die Eigenschaft als Erben der 2. Ordnung abspricht. Man wird jedoch entgegen dem mißglückten Wortlaut § **1925 Abs 4 nur auf einseitige Abkömmlinge** des verstorbenen Elternteils beziehen dürfen (so die hA, vgl FRANK 98; NÄGELE BWNotZ 1978, 79; SCHMITT-KAMMLER FamRZ 1978, 570, 574; DIECKMANN FamRZ 1979, 389, 395 Fn 42 u ZBJugR 1980, 567, 574 Fn 25; ROTH 223 f; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 10. – AA BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 13 u SOERGEL-LIERMANN Rz 12, die § 1925 Abs 4 entgegen seinem Wortlaut überhaupt nicht auf § 1756 Abs 2 beziehen wollen; unklar insoweit GERNHUBER § 62 X 3).

Beispiel: Kind K stammt aus der durch Tod aufgelösten Ehe V - M und wurde nach Wiederheirat der M von seinem Stiefvater (Stv) adoptiert. K hat noch einen nicht mitadoptierten älteren leibl Bruder B und eine Adoptivschwester S (= halbbürtige leibl Schwester), die aus der Ehe Stv - M stammt.

Stirbt K, so kommen als Erben, falls V, M und Stv vorverstorben sind, der leibl Bruder B und die Adoptivschwester S in Betracht. Wegen der Regelung des § 1925 Abs 4 sind Erben 2. Ordnung nur die Adoptiveltern des K und deren Abkömmlinge. An die Stelle des vorverstorbenen Stv tritt allein die S, an die Stelle der verstorbenen M treten B und S. S wird also Erbin zu $\frac{3}{4}$, B Erbe zu $\frac{1}{4}$.

2. Annahme eines Kindes des verstorbenen Ehegatten

31

Wird ein Stiefkind erst nach dem Tod des Ehegatten (= leibl Elternteils) angenommen, so kann es nicht mehr nach § 1754 Abs 1 die rechtl Stellung eines gemeinschaftlichen ehel Kindes erlangen (vgl § 1754 Rz 6). An sich müßten deshalb gem § 1755 die Rechtsbeziehungen des Kindes zu seiner bisherigen Verwandtschaft erlöschen. Hier sollte jedoch § **1756 Abs 2 analog** angewendet werden, so daß dem Kind die Verwandtschaft des verstorbenen leibl Elternteils erhalten bleibt (so auch BGB-RGRK-DICKESCHIED § 1754 Rz 2 u § 1756 Rz 15; MünchKomm-LÜDERITZ §§ 1754, 1755 Rz 2; SOERGEL-LIERMANN § 1741 Rz 27. Zum gleichen Ergebnis gelangen auch HELLERMANN FamRZ 1983, 659, BEITZKE § 33 II 1 a u ERMAN-HOLZHAUER Rz 5, vgl dazu § 1754 Rz 6). Stammt das Kind aus einer durch Tod aufgelösten früheren Ehe, so müssen wegen § 1756 Abs 2 konsequenterweise auch die Rechtsbeziehungen des Kindes zu den Verwandten des zuerst verstorbenen Elternteils aufrechterhalten werden. Adoptiert der Stiefelternteil das Kind allerdings erst nach Wiederheirat zusammen mit seinem neuen Ehegatten, so erlöschen die Rechtsbeziehungen des Kindes zur Ursprungsfamilie (§ 1755).

3. Stiefkindadoption nach Verwandten- oder Verschwägertenadoption

32

Stiefkindadoptionen, die sich als Zweitadoptionen an eine Verwandten- oder Verschwägertenadoption iS v Abs 1 anschließen, werfen besondere Probleme auf:

1. Beispiel: Das Kind wird von seinem Onkel väterlicherseits und dessen Ehefrau angenommen. Nach dem Tod des Onkels adoptiert der neue Ehemann der Adoptivmutter das Kind.

Dem Kind waren nach der 1. Adoption die Verwandten väterlicher- und mütterlicherseits gem § 1756 Abs 1 erhalten geblieben. Das Kind hatte außerdem nach der adoptierenden Ehefrau des Onkels einen 3. Verwandtenstamm hinzuerworben (§ 1754 Abs 1). Durch die 2. Adoption gewinnt das Kind über seinen 2. Adoptivvater einen weiteren Verwandtenstamm (§ 1754 Abs 1). An der adoptivmütterlichen Verwandtschaft ändert sich nichts, da die Adoptivmutter weiterhin Mutter des Kindes bleibt. Die väterliche Verwandtschaft besteht gem § 1756 Abs 2 über den 1. Adoptivvater fort. Es erlöschen indessen die Rechtsbeziehungen zu den Verwandten der leibl Mutter (§ 1755), die der 1. Adoption noch standgehalten hatten; denn § 1756 Abs 2 erhält dem Kind nur die Verwandten des *verstorbenen Elternteils* (= 1. Adoptivvaters).

- 33** *2. Beispiel:* Das Kind wird von seinem Onkel väterlicherseits und dessen Ehefrau angenommen. Nach dem Tod der *Ehefrau* adoptiert die neue Ehefrau das Kind.

Auch hier gewinnt das Kind über seine 2. Adoptivmutter einen neuen Verwandtenstamm hinzu. Die Verwandten des Adoptivvaters verbleiben dem Kind, ebenso die der 1. Adoptivmutter wegen § 1756 Abs 2. Fraglich ist jedoch, ob das Kind auch hier die Verwandtschaft seiner leibl Mutter verliert; denn die 2. Ehefrau des Onkels war mit dem Kind im Zeitpunkt der Adoption im 3. Grad verschwägert, weil der Onkel trotz der 1. Adoption Onkel geblieben war (vgl oben Rz 16), so daß seine 2. Ehefrau nicht nur als Stiefmutter, sondern auch als „angeheiratete Tante“ des Kindes gesehen werden muß. Über § 1756 Abs 1 bleibt deshalb hier dem Kind die Verwandtschaft seiner leibl Mutter erhalten (DIECKMANN ZBJugR 1980, 567, 579 oben). Das wenig befriedigende Ergebnis hat seinen Grund darin, daß der Gesetzgeber bei der Verschwägertenadoption nur an den Fall einer 1. Adoption durch einen Verwandten 2. oder 3. Grades zusammen mit dessen Ehepartner gedacht hat (oben Rz 11 ff). Es besteht jedenfalls kein Anlaß, im vorliegenden Fall § 1756 Abs 1 als durch § 1756 Abs 2 verdrängt anzusehen.

- 34** *3. Beispiel:* Das Kind wird von seinem Onkel väterlicherseits *allein* adoptiert. Nach dessen Heirat adoptiert seine Ehefrau das Kind.

Hätten Onkel und Ehefrau das Kind zusammen adoptiert, so würde es sich um eine typische Fallgestaltung des Abs 1 handeln. Dem Kind wären 3 Verwandtenstämme zuzuordnen; es hätte insbes 3 Großelternpaare nach seinen leibl Eltern und seiner Adoptivmutter. Im vorliegenden Fall scheint das Kind die Verwandten nach seiner leibl Mutter zu verlieren; denn die adoptierende Ehefrau ist als Stiefmutter mit dem Kind nur im 1. Grad verschwägert, und § 1756 Abs 2 greift bei der hier gewählten Fallgestaltung von vornherein nicht ein. Da jedoch der Onkel auch nach der Adoption Onkel geblieben ist, ist seine Ehefrau mit dem Kind als angeheiratete Tante auch im 3. Grade verschwägert, so daß aus diesem Grunde dem Kind nach Abs 1 seine alte Verwandtschaft belassen wird. IE spielt es also keine Rolle, ob Onkel und Ehefrau das Kind gemeinsam oder sukzessive adoptieren (DIECKMANN ZBJugR 1980, 567, 576 f).

- 35** *4. Beispiel:* Das Kind wird nach dem Tod des Onkels väterlicherseits *von dessen Ehefrau allein* adoptiert. Nach ihrer Wiederheirat adoptiert ihr Ehemann das Kind.

Die Erstadoption ist ein Fall des Abs 1. Das Kind behält seine leibl Verwandten väterlicher- und mütterlicherseits und erwirbt über die Adoptivmutter einen 3. Verwandtenstamm hinzu. Der später adoptierende Ehemann ist – anders als im

8. Titel. Annahme als Kind

3. Beispiel – mit dem Kind nicht im 3., sondern nur im 1. Grad verschwägert. Das Kind verliert also die Verwandtschaft seiner leibl Eltern (§ 1755), ist allerdings in die Familie seiner Adoptiveltern voll eingegliedert (§ 1754 Abs 1).

§ 1757

Das Kind erhält als Geburtsnamen den Familiennamen des Annehmenden. Als Familienname gilt nicht der nach § 1355 Abs.3 dem Ehenamen vorangestellte Name. Ist der frühere Geburtsname zum Ehenamen des Kindes geworden, so erstreckt sich die Namensänderung auf den Ehenamen nur dann, wenn der Ehegatte der Namensänderung bei der Einwilligung (§ 1749 Abs.2) zugestimmt hat. § 1617 Abs.2 bis 4 ist entsprechend anzuwenden; dies gilt auch, wenn sich der Familienname des Annehmenden ändert.

Das Vormundschaftsgericht kann auf Antrag des Annehmenden mit Einwilligung des Kindes mit dem Ausspruch der Annahme Vornamen des Kindes ändern, ihm einen neuen Vornamen begeben oder seinem neuen Familiennamen den bisherigen Familiennamen hinzufügen, wenn dies aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist. § 1746 Abs. 1 Satz 2, 3 ist entsprechend anzuwenden.

BT-Drucks 7/3061, 44–46, 76, 85 f; BT-Drucks 7/5087, 18; BT-Drucks 7/5125, 1 f.

Systematische Übersicht

- | | |
|--|---|
| <p>I. Normzweck und Entstehungsgeschichte
1</p> <p>II. Der Nachname des Angenommenen
 1. Angenommener ist nicht verheiratet 5
 2. Angenommener ist verheiratet 10
 a) Ehefrau ist der Geburtsname des Angenommenen 10
 b) Ehename ist der Geburtsname des Ehegatten des Angenommenen 13</p> <p>III. Auswirkungen einer späteren Änderung des Namens des Annehmenden auf den Namen des Angenommenen 17</p> <p>IV. Auswirkungen der Annahme auf den Namen von Abkömmlingen des Angenommenen
 1. Der Geburtsname von Kindern des Angenommenen 20
 2. Der Ehename von Kindern des Angenommenen 22
 3. Namensrechtliche Folgen für Kindeskin- der des Angenommenen 23</p> | <p>V. Hinzufügen des bisherigen Familiennamens zum neuen Familiennamen (Abs 2 S 1)
 1. „Schwerwiegende Gründe“ für das Hinzufügen des bisherigen Familiennamens 24
 2. Antrag des Annehmenden, Einwilligung des Kindes 26
 a) Antrag des Annehmenden 26
 b) Einwilligung des Kindes 27
 3. „Hinzufügen“ des bisherigen Familiennamens 28
 4. Rechtsfolgen des Hinzufügens des bisherigen Familiennamens 29
 5. Verfahrensfragen 32</p> <p>VI. Der Vorname des Angenommenen
 1. „Schwerwiegende Gründe“ für die Vornamensänderung 36
 2. Antrag des Annehmenden auf Vornamensänderung 40
 3. Einwilligung des Kindes in die Vornamensänderung 41
 4. Verfahrensfragen 45</p> |
|--|---|

Alphabetische Übersicht

- Abkömmlinge des Angenommenen, Namensänderung der 20 ff
- Adelsbezeichnung im Namen des Annehmenden 7
- Amtspfleger, Vertretungsbefugnis des -s für die Einwilligung in die Vornamensänderung 42
- Annahme des nichtehelichen Kindes durch einen Elternteil 18 f
- Anschließungserklärung zur Namensänderung 22
- Begleitname, vorangestellter 8, 11, 14 ff, 21
- Doppelname des Angenommenen 29
- Dreifachname des Angenommenen 31
- Ehename, Änderung des -ns 10, 13, 22 f, 30
- der Kinder des Angenommenen 22
 - der Kindeskindern des Angenommenen 23
 - des Angenommenen 10, 13
- Einbenennung 19, 21
- trotz Annahme durch die Mutter 19
- Einwilligung des Kindes 24, 27, 38, 41 ff
- in die Hinzufügung des bisherigen Familiennamens 24, 27, 38
 - in die Vornamensänderung 41 ff
- Einzeladoption 9 f
- Entstehungsgeschichte 2 f, 24, 36
- Form 12, 26, 40
- der Rücknahme des Antrags auf Vornamensänderung 40
 - der Zustimmung zur Änderung des Ehenamens 12
 - des Antrags auf Hinzufügung des bisherigen Familiennamens 26
 - des Antrags auf Vornamensänderung 40
- Geburtsname, Änderung des -ns 1, 5 f, 8 ff
- bei geschiedenem oder verwitwetem Angenommenen 6
 - bei ledigem Angenommenen 5
 - bei verheiratetem Angenommenen 10 ff, 21
 - bei verheiratetem Annehmenden
 - der Abkömmlinge des Angenommenen 20 f
 - des Angenommenen bei Namensänderung der Adoptiveltern 17 ff
 - Erstreckung auf den Ehenamen des Angenommenen 10, 13
 - Zweck der 1
- Gründe, schwerwiegende 3, 24 f, 30 f, 36 f, 39
- für die Hinzufügung des bisherigen Familiennamens 3, 24 f, 30 f
 - für die Vornamensänderung 36 f, 39
- Hinzufügung des bisherigen Familiennamens des Angenommenen 3, 24 ff
- Antrag des Annehmenden auf 24 ff
 - durch Nachstellen desselben 28
 - Ergänzungsbeschluß über die 33
 - Rechtsmittel gegen die Ablehnung des Antrags auf 32
 - schwerwiegende Gründe für die 3, 24 f, 30 f
 - Vorabentscheidung über den Antrag auf 35
 - Wahlrecht des Kindes nach altem Recht 24
- Legitimation trotz Adoption durch einen leiblichen Elternteil 18
- Minderjährigenadoption 4, 6
- Namensänderung des Annehmenden 17 ff
- wegen Eheschließung 17
- Namensänderung, öffentlichrechtliche 2, 17, 36 f, 39, 46
- Subsidiarität der 39
- Namensbestimmungsrecht 10, 22
- des Ehegatten des Angenommenen 10, 22
 - des Ehegatten des Kindes des Angenommenen 22
- Namensinteresse des Ehegatten des Annehmenden 9
- Normzweck 1 f, 36
- Rechtslage nach altem Recht 1, 3, 24, 28
- Volljährigenadoption 4, 6, 25
- Vorname des Kindes, Änderung des -ns 2, 36 f, 39 ff
- Antrag des Annehmenden auf 40
 - Einwilligung des Kindes in die 41 ff
 - Ergänzungsbeschluß zum Antrag auf 46
 - Rechtsmittel gegen die Ablehnung des Antrags auf 45
 - schwerwiegende Gründe für die 36 f, 39
 - Vorabentscheidung über den Antrag auf 47
 - Zweck der Möglichkeit der 2
- Zustimmung zur Änderung des Ehenamens 11 f, 22, 30
- Zweitadoption, Namensangleichung durch 17

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1

Die Vorschrift bezweckt auch namensrechtl in Übereinstimmung mit dem Prinzip der Volladoption eine umfassende Eingliederung des Angenommenen in die Adoptivfamilie. Das Kind erhält als Geburtsnamen den **Familiennamen** des Annehmenden (Abs 1 S 1). Dieselbe Regelung hatte allerdings § 1758 Abs 1 S 1 schon in seiner ursprüngl Fassung enthalten, als dem BGB die Volladoption noch fremd war.

Eine der wesentlichen Neuerungen des AdoptG v 1976 ist die Bestimmung, daß das **VormG** mit dem Ausspruch der Annahme auch den **Vornamen** des Kindes ändern kann (Abs 2 S 1). Früher war eine Vornamensänderung nur im Verwaltungsweg nach den Vorschriften des NÄG möglich. Das ursprüngl Ziel, die schon früher in der Adoptionspraxis übliche Änderung des Vornamens von Kleinkindern zu erleichtern (BT-Drucks 7/3061, 45), ist allerdings im Gesetzestext nicht zum Ausdruck gekommen, der für die Vornamensänderung verlangt, daß diese „aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist“. Vgl im einzelnen dazu Rz 36 ff.

Auch die Möglichkeit, den **bisherigen Familiennamen dem neuen Familiennamen** **hinzuzufügen** (Abs 2 S 1) war bereits dem alten Recht bekannt, das allerdings dem Angenommenen ein Wahlrecht zuerkannte, sofern nicht im Annahmevertrag etwas anderes bestimmt war (§ 1758 Abs 3 aF), während heute das VormG auf Antrag eine solche Entscheidung nur treffen darf, „wenn das aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist“ (vgl BT-Drucks 7/3061, 45; BT-Drucks 7/5087, 18). Die übrigen Änderungen beruhen nicht so sehr auf spezifisch adoptionsrechtl Reformüberlegungen; sie sind vielmehr notwendige Folge der allg Entwicklung des Namensrechts. So hat insbes die wechselvolle Geschichte des **Ehenamensrechts** dazu geführt, daß bereits durch das GleichberG v 1957 (Art 1 Nr 25) § 1758 aF geändert und ein neuer § 1758 a eingefügt wurde (Näheres dazu Vorauf). Durch das 1. EheRG v 14. 6. 1976 (Art 1 Nr 39) erhielt § 1758 mit Wirkung v 1. 7. 1976 wiederum eine neue Fassung, § 1758 a wurde aufgehoben (Art 1 Nr 40), bevor schließlich durch das AdoptG mit Wirkung v 1. 1. 1977 die heutige Fassung des § 1757 Ges wurde (vgl insbes BT-Drucks 7/5125, 1 f).

Die Anwendung v § 1757 bereitet bei **Minderjährigenadoptionen** kaum Schwierig- **4** keiten. Die eigentlichen Probleme ergeben sich bei der Annahme Volljähriger insbes dann, wenn diese bereits verheiratet sind. § 1757 steht zwar systematisch im Abschnitt über die Minderjährigenadoption. Die Bestimmung gilt indessen gem § 1767 Abs 2 auch für die **Annahme Volljähriger**.

II. Der Nachname des Angenommenen

1. Angenommener ist nicht verheiratet

5

Der Angenommene erhält als Geburtsnamen den **Familiennamen des Annehmenden** (Abs 1 S 1).

Ist der **Angenommene ledig**, so ist sein Geburtsname auch sein Familienname. Die Adoption bewirkt also, daß er fortan den Familiennamen des Annehmenden trägt.

Ist eine frühere Ehe des Angenommenen im Zeitpunkt der Adoption aufgelöst, ist **6** der **Angenommene** also insbes **geschieden oder verwitwet**, so findet § 1757, der für die Minderjährigen- und die Volljährigenadoption gilt (§ 1767 Abs 2), ebenfalls uneingeschränkt Anwendung. Es ist zu unterscheiden: Führt der Angenommene seinen Geburtsnamen als Ehenamen, so tritt an die Stelle dieses Namens der Familienname des Annehmenden (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; ERMAN-HOLZ-

HAUER Rz 7; SOERGEL-LIERMANN Rz 7). Auf den Namen des geschiedenen Ehegatten wirkt sich der Namenswechsel nicht aus, auch dann nicht, wenn dieser den Ehenamen beibehalten hat (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; ERMAN-HOLZHAUER Rz 7). Führt der Angenommene den Geburtsnamen seines früheren Ehegatten als Ehenamen, so bleibt der Ehename von der Adoption unberührt. Nach Abs 1 S 1 ändert sich nämlich durch die Adoption nur der Geburtsname des Angenommenen. Auf den Ehenamen wirkt sich die Änderung nur im Falle des Abs 1 S 3 aus (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; ERMAN-HOLZHAUER Rz 7). Der Angenommene hat jedoch die Möglichkeit, den durch die Adoption erworbenen Geburtsnamen (nicht seinen früheren Geburtsnamen) gem § 1355 Abs 4 als Familiennamen anzunehmen (BayObLGZ 1985, 184, 188 = StAZ 1985, 202, 203; SCHULTHEIS StAZ 1982, 255; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; ERMAN-HOLZHAUER Rz 7).

7 Führt der Annehmende einen adligen Namen, so gilt Abs 1 S 1 grds ebenfalls ohne Einschränkung; denn nach Art 109 Abs 3 S 2 WeimRV, der gem Art 123 GG als einfache Norm des Bundesrechts fortgilt (BayObLG StAZ 1981, 186, 187 mNachw), sind Adelsbezeichnungen, die bei Inkrafttreten der WeimRV geführt wurden, nunmehr Teil des bürgerlichen Namens. Ein Adelsprädikat, das lediglich als persönlicher Adel verliehen war, kann allerdings nicht durch Adoption übertragen werden (BayObLG StAZ 1981, 186; vgl auch BayObLGZ 1984, 147, 153 f = StAZ 1984, 339, 340).

8 Ist der Annehmende verheiratet, so ist es für den Namenswerb des Angenommenen ohne Bedeutung, ob der Annehmende ihn allein oder gemeinsam mit seinem Ehegatten annimmt. Der Angenommene erhält den Familiennamen des Annehmenden, also dessen Ehenamen, als Geburtsnamen. Abs 1 S 2 stellt – überflüssigerweise – klar, daß der nach § 1355 Abs 3 dem Ehenamen vorangestellte Begleitname nicht als Familienname gilt und somit auch nicht vom Angenommenen erworben werden kann.

9 Nimmt der verheiratete Annehmende das Kind allein an, was nach § 1741 Abs 2 S 2 u 3 nur ausnahmsweise möglich ist, so kann sein Ehegatte ein Interesse daran haben, daß sein zum Ehenamen gewordener Geburtsname nicht durch Adoption auf das Kind übertragen wird. Das Ges trägt dem Namensinteresse dieses Ehegatten allerdings nur mittelbar dadurch Rechnung, daß es die Annahme von seiner Einwilligung abhängig macht (§ 1749 Abs 1 S 1). Ist die Einwilligung erteilt worden, so schließt sie als umfassende Einverständniserklärung die namensrechtl Folgen der Adoption mit ein (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 3). War die Einwilligung nach § 1749 Abs 3 nicht erforderlich, oder wurde sie nach § 1749 Abs 1 S 2 ersetzt, so wird das Interesse des Kindes an der Namensgleichheit mit dem Annehmenden höher gewertet als das Namensinteresse des Ehegatten (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6).

2. Angenommener ist verheiratet

10 a) Ehename ist der Geburtsname des Angenommenen

Ist der Angenommene verheiratet, so wird er nur selten minderjährig sein. § 1757 gilt jedoch sowohl für die Minderjährigen- als auch für die Volljährigenadoption (§ 1767 Abs 2). Ist der Angenommene verheiratet und sein früherer Geburtsname zum gemeinsamen Familiennamen geworden, würde eine aufgrund des neuen Geburtsnamens automatisch eintretende Änderung des gemeinsamen Familiennamens mit dem **Namensbestimmungsrecht** des Ehegatten kollidieren. Aus diesem Grunde bestimmt Abs 1 S 3, daß sich die Namensänderung nur dann auf den Ehenamen erstreckt, wenn der Ehegatte der Namensänderung zugestimmt hat.

Stimmt er nicht zu, so ändert sich der gemeinsame Familienname trotz der Adoption nicht. Auf diese Weise wird sichergestellt, daß die Annahme eines Verheirateten nicht am Namensinteresse seines Ehegatten scheitern muß.

Die Zustimmung muß „bei der Einwilligung (§ 1749 Abs 2)“ erklärt werden. Es 11 genügt, ist aber auch erforderlich, daß sie vor dem Ausspruch der Annahme erteilt wird. Eine **nachträgliche Zustimmung** zur Namensänderung ist wirkungslos (BayObLGZ 1985, 264, 269 = NJW-RR 1986, 498, 499 = FamRZ 1985, 1182, 1183 f = StAZ 1986, 7, 8). Im Einzelfall kann allerdings in der Einwilligung des Ehegatten in die Adoption (§ 1749 Abs 2) konkludent eine Zustimmung zur Namensänderung gesehen werden (AG Hamburg StAZ 1990, 21). Zum Sonderfall der Annahme eines Ehepaares vgl PRANG StAZ 1982, 111 u Fachausschuß des Bundesverbandes der Standesbeamten StAZ 1983, 106 u StAZ 1984, 110. Wird die Zustimmung vom Ehegatten nicht oder nicht rechtzeitig erteilt, so kann der Angenommene immerhin seinen neuen Geburtsnamen dem (unveränderten) Ehenamen nach § 1355 Abs 3 voranstellen (LG Gießen StAZ 1984, 100 aE; DIEDERICHSEN NJW 1976, 1169, 1176; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5; SOERGEL-LIERMANN Rz 5). Allerdings kommt nur eine entsprechende Anwendung des § 1355 Abs 3 in Betracht, da der Ehenamen nach wie vor vom – wenn auch nur früheren – Geburtsnamen des Angenommenen abgeleitet wird. Das die entsprechende Anwendung der Vorschrift rechtfertigende namensrechtl Interesse des Angenommenen folgt aus dem anerkennenswerten Wunsch, die Adoption auch nach außen hin zu manifestieren.

Unklar ist der Gesetzestext hinsichtl der Frage, ob die Zustimmung nach Abs 1 S 3 12 ebenso wie die Einwilligung in die Adoption (§ 1749 Abs 2) der Form des § 1750 Abs 1 S 2 (= **notarielle Beurkundung**) bedarf. Man wird die Frage bejahen müssen. Das Ges geht vom Normalfall aus, daß der Ehegatte der Namensänderung „bei der Einwilligung (§ 1749 Abs 2)“ zustimmt. Wird die Zustimmung ausnahmsweise gesondert erklärt, sollte man es wegen der namensrechtl Konsequenzen bei der Form des § 1750 Abs 1 S 2 belassen (so BayObLGZ 1985, 264, 271 = NJW-RR 1986, 498, 499 = FamRZ 1985, 1182, 1184 = StAZ 1986, 7, 9; aA SOERGEL-LIERMANN Rz 5).

b) Ehenamen ist der Geburtsname des Ehegatten des Angenommenen

13

Führen der Angenommene und sein Ehegatte dessen Geburtsnamen als Ehenamen, so bewirkt die Adoption in keinem Fall eine Änderung des gemeinsamen Familiennamens. Es ändert sich lediglich der (nicht als Familienname geführte) Geburtsname des Angenommenen. Zum Familiennamen des Annehmenden, den der Angenommene als Geburtsnamen erwirbt, vgl oben Rz 5 ff.

Umstr ist, welche **Auswirkungen** die Annahme **auf den vom Angenommenen** zZ der 14 Adoption bereits **geführten Begleitnamen** hat: zT wird die Ansicht vertreten, der Adoptierte könne seinen früheren Geburtsnamen als Begleitnamen beibehalten, da § 1355 Abs 3 auch gestatte, „den zur Zeit der Eheschließung geführten Namen“, und das sei ja gerade der frühere Geburtsname, dem Ehenamen voranzustellen. Der Adoptierte könne aber auch den neuen Geburtsnamen als Begleitnamen gegen den alten austauschen, habe also ein **Wahlrecht** (so BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4; SOERGEL-LIERMANN Rz 6; MASSFELLER-HOFFMANN, PStG § 15 c Rz 38; DIEDERICHSEN NJW 1976, 1169, 1176). Nach einer aM führt die Adoption dazu, daß der alte Geburtsname als Begleitname **automatisch** gegen den neuen **ausgetauscht** wird (so LG Berlin StAZ 1986, 290; HENRICH, Der Erwerb und die Änderung des Familiennamens [1983] 15; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5; ERMAN-HOLZHAUER Rz 5). Nach einer dritten Ansicht **fällt der alte Geburtsname** mit der Adoption als Begleitname zwar **automatisch weg**; dem Betroffenen steht es aber frei, durch **erneute Erklärung**

gegenüber dem Standesbeamten den neuen Geburtsnamen dem Ehenamen voranzustellen (so KG OLGZ 1988, 257 = FamRZ 1988, 1053 = StAZ 1988, 170 als Rechtsbeschwerdeinstanz gegen LG Berlin StAZ 1986, 290).

- 15 Die letztgenannte Ansicht dürfte die richtige sein. Gegen die erste spricht, daß unter dem zZ der Eheschließung geführten Namen nach allgM nur ein solcher verstanden wird, der aufgrund einer früheren Ehe erworben wurde (vgl MünchKomm-Wacke § 1355 Rz 20; BGB-RGRK-ROTH-STIELOW § 1355 Rz 21). Außerdem kann der alte Geburtsname, der mit der Adoption automatisch wegfällt, auch als Begleitname keinen Bestand mehr haben. Die zweite Ansicht läßt unberücksichtigt, daß der Ehegatte bei einem automatischen Austausch des alten Geburtsnamens durch den neuen letztlich sein Bestimmungsrecht verliere, ob und damit auch welchen Begleitnamen er führen will. So können zB namensästhetische Gründe für den alten, aber gegen den neuen Geburtsnamen als Begleitnamen sprechen. Andererseits kann im Einzelfall durchaus ein schützenswertes Interesse bestehen, die Tatsache der Adoption nach außen durch den Gebrauch des neuen Geburtsnamens sichtbar zu machen. Die Möglichkeit einer erneuten Erklärung gegenüber dem Standesbeamten dürfte deshalb dem Interesse des Adoptierten am besten gerecht werden (ausführlich KG OLGZ 1988, 257 = FamRZ 1988, 1053 = StAZ 1988, 170).
- 16 Selbstverständlich kann der Angenommene seinen **neuen Geburtsnamen auch erstmals als Begleitnamen** dem Ehenamen voranstellen; denn die Erklärung nach § 1355 Abs 3 ist an keine Frist gebunden und kann deshalb im Zusammenhang mit der Annahme, aber auch später abgegeben werden.
- 17 **III. Auswirkungen einer späteren Änderung des Namens des Annehmenden auf den Namen des Angenommenen**
1. Ändert sich der Familienname des Annehmenden nach der Adoption, so gelten nach **Abs 1 S 4 HS 2** die Bestimmungen des § 1617 Abs 2–4 entsprechend. Das bedeutet: Die Namensänderung des Annehmenden erstreckt sich automatisch auf den Angenommenen, der das **5. Lebensjahr noch nicht vollendet** hat. Hat das Kind das 5. Lebensjahr vollendet, so kann es sich nach Maßgabe des § 1617 Abs 2 der Namensänderung anschließen. Von diesem abgestuften System der Änderungserstreckung gibt es allerdings eine wichtige Ausnahme: An einem **Namenswechsel des Annehmenden infolge Eheschließung** nimmt das Kind nicht teil (§ 1617 Abs 3). Was bei ehel Kindern als selbstverständlich gilt, kann bei adoptierten, die durch die Annahme die rechtl Stellung eines ehel Kindes erlangen (§ 1754), nicht anders sein. Namensgleichheit kann in solchen Fällen nur im Wege einer öffentlichrechtl Namensänderung nach § 3 NÄG oder – soweit möglich – durch eine Zweitadoption nach § 1742 erreicht werden. Wird der **Name des Annehmenden im Verwaltungsweg (§ 3 NÄG) geändert**, so erstreckt sich die Namensänderung auf die unter elterl Sorge stehenden Kinder, „soweit nicht bei der Entscheidung etwas anderes bestimmt ist“ (§ 4 NÄG). Unabhängig davon bleibt § 1617 Abs 2 anwendbar. Ob allerdings die Änderung des Namens des Annehmenden durch Erklärung des Angenommenen auf diesen erstreckt werden kann, richtet sich nach dem Inhalt der Entscheidung über die Namensänderung. Ist diese nur auf den Familiennamen des Annehmenden für seine Person beschränkt, so kommt eine Erstreckung der Namensänderung auf andere Personen durch Erklärung nach § 1617 Abs 2 nicht in Betracht (BayObLGZ 1984, 147 = StAZ 1984, 339 = FamRZ 1984, 1268 [LS]).
- 18 **2. Besonderheiten ergeben sich, wenn das nichtehel geborene Kind von seiner Mutter (oder seinem Vater) angenommen** worden ist (§ 1741 Abs 3 S 2).

a) Heiratet die Mutter nach der Adoption den leibl Vater des Kindes, so wird das Kind trotz der vorangegangenen Adoption nach § 1719 S 2 legitimiert. Das Annahmeverhältnis erlischt kraft Ges (STAUDINGER-GÖPPINGER § 1719 Rz 15 mNachw). Wird der Geburtsname des Mannes gemeinsamer Familienname (Ehename), so erstreckt sich die Änderung des Namens der Mutter nach Maßgabe des § 1720 auf das Kind (OLG Braunschweig StAZ 1978, 212, 214 re Sp Mitte; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 11; SOERGEL-LIERMANN Rz 14). Entsprechendes gilt, wenn der Vater sein nichtehel Kind adoptiert und später die Mutter heiratet.

b) Heiratet die Mutter nach der Adoption einen anderen Mann als den Vater des 19 Kindes, so sollte entsprechend der ratio des § 1618 eine **Einbenennung** möglich bleiben. Durch die Adoption ist das Kind zwar ehel Kind der Mutter geworden, und es führt deshalb seinen Namen auch nicht mehr nach § 1617, sondern nach § 1757. Aber der Name des Kindes wurde durch die Adoption nicht berührt; es hat sich lediglich die Ableitungsgrundlage geändert. Auch rechtl sind die Beziehungen zwischen Kind und Mutter gleichgeblieben. Beendet wurden lediglich die Beziehungen zwischen Kind und Vater sowie dessen Verwandten. Aus dem nichtehel Kind mit Vater und Mutter ist ein vaterloses ehel Kind geworden, ohne daß sich am Interesse dieses Kindes an einer Namensgleichheit mit seiner Mutter im Falle einer Eheschließung auch nur das geringste geändert hätte. Man sollte deshalb dem Kind die Vorteile des § 1618 trotz der Adoption belassen (so die hA, vgl OLG Frankfurt OLGZ 1967, 486 = FamRZ 1968, 48; GERNHUBER § 58 II 5; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 11; PALANDT-DIEDERICHSEN § 1618 Anm 2 a; STAUDINGER-COESTER § 1618 Rz 23; MünchKomm-HINZ § 1618 Rz 5; – aA MünchKomm-LÜDERITZ Rz 4; SOERGEL-LIERMANN Rz 14).

IV. Auswirkungen der Annahme auf den Namen von Abkömmlingen des Angenommenen

1. Der Geburtsname von Kindern des Angenommenen

20

§ 1757 Abs 1 S 4 HS 1 verweist auf § 1617 Abs 2. Diese Vorschrift regelt (in ihrer entsprechenden Anwendung) die Auswirkungen der adoptionsbedingten Namensänderung des Angenommenen auf seine Kinder, wobei es keinen Unterschied macht, ob diese ehel oder nichtehel sind (ERMAN-HOLZHAUER Rz 8; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 8; SOERGEL-LIERMANN Rz 9). Voraussetzung ist nur, daß der Geburtsname der Kinder dem Namen des Anzunehmenden entspricht, der sich infolge der Adoption nach § 1757 Abs 1 S 1 u 3 ändert. Dies trifft bei nichtehel Kindern einer Mutter zu, die bei der Annahme ihren Geburtsnamen führt (Abs 1 S 1), ist aber auch bei ehel Kindern dann der Fall, wenn der Name des Angenommenen zum Ehenamen geworden war und sich die Änderung seines Geburtsnamens auf den Ehenamen erstreckt (Abs 1 S 3). – Die Namensänderung des Angenommenen erstreckt sich automatisch auf seine Kinder, die das 5. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Haben sie das 5. Lebensjahr vollendet, so können sie sich nach Maßgabe des § 1617 Abs 2 der Namensänderung anschließen.

Zweifelhaft ist die Rechtslage, **wenn sich infolge der Adoption nur der (latente) 21 Geburtsname des (verheirateten) Adoptierten ändert**, der aber nicht als Ehename geführt wird. Sicher ändert sich infolge der Adoption nicht der Name ehel Kinder, die den aus dem Geburtsnamen des Ehegatten des Adoptierten gebildeten Familiennamen tragen. Weniger sicher ist, ob von der Namensänderung auch solche Kinder erfaßt werden, die den Geburtsnamen des später adoptierten Elternteils erhalten haben. Das ist bei einem nichtehel Kind der Fall, dessen Mutter bei der Geburt des Kindes ihren Geburtsnamen führte, anschließend heiratete, den Ge-

birthsnamen ihres Mannes als Ehenamen annahm und später adoptiert wurde. § 1617 Abs 2 S 1 spricht von einer *Änderung des Familiennamens*. Geändert hat sich aber lediglich der Geburtsname des Angenommenen. Trotzdem sollte man § 1617 Abs 2 S 1 auch auf die hier geschilderte Fallkonstellation anwenden. Schließlich könnte die Mutter ihren neuen Geburtsnamen als Begleitnamen „aktivieren“, und auch ein Interesse des Kindes am Namenseinklang mit den Eltern seiner Mutter ist denkbar (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 9; ERMAN-HOLZHAUER Rz 8; STAUDINGER-COESTER § 1617 Rz 34 mNachw). Hat ein nichtehel Kind durch **Einbenennung** den Ehenamen seiner Mutter und ihres Ehemannes erhalten, so ändert sich sein Name nicht dadurch, daß der Geburtsname der Mutter später infolge Adoption geändert wird; denn dieses Kind führt nicht mehr seinen vom Familiennamen der Mutter abgeleiteten Geburtsnamen, was von § 1617 Abs 2 vorausgesetzt wird (AG München StAZ 1987, 19).

22 2. Der Eheiname von Kindern des Angenommenen

§ 1757 Abs 1 S 4 HS 1 verweist auf § 1617 Abs 4 S 1. Diese (entsprechend anzuwendende) Vorschrift regelt die Auswirkungen der Namensänderung des Angenommenen auf den Namen seines verheirateten Kindes, wenn dessen (vom Angenommenen abgeleiteter) Geburtsname zum Ehenamen geworden ist. Die durch die Adoption eingetretene Änderung des Geburtsnamens des Kindes des Angenommenen erstreckt sich nur dann auf den aus diesem Geburtsnamen gebildeten Eheamen, wenn das Kind des Angenommenen und sein Ehegatte gemeinsam die Anschließungserklärung abgeben. Das Namensbestimmungsrecht des Ehegatten des Kindes des Angenommenen, dessen Geburtsname nicht zum Ehenamen geworden ist, wird also ebenso geschützt wie das des Ehegatten des Angenommenen. Gibt nur das Kind des Angenommenen die Anschließungserklärung ab, so ändert sich allein sein Geburtsname, nicht aber der aus seinem früheren Geburtsnamen gebildete Eheiname. Auch insoweit entspricht die Rechtslage derjenigen, die sich ergibt, wenn der Ehegatte des Angenommenen der Namensänderung nicht zustimmt (vgl oben Rz 10).

23 3. Namensrechtliche Folgen für Kindeskind des Angenommenen

Mit der **Verweisung** auf § 1617 Abs 4 S 2 wird die Auswirkung der Namensänderung auf Abkömmlinge des Kindes des Angenommenen geregelt. § 1617 Abs 4 S 2 verweist seinerseits auf die Abs 2 u 4 S 1 dieser Vorschrift. Damit erstreckt sich die Namensänderung des Angenommenen unter denselben Voraussetzungen auf einen Abkömmling des Kindes des Angenommenen und ggf dessen Ehegatten, unter denen sie sich auf das Kind des Angenommenen und dessen Ehegatten erstreckt.

V. Hinzufügen des bisherigen Familiennamens zum neuen Familiennamen (Abs 2 S 1)

24 1. „Schwerwiegende Gründe“ für das Hinzufügen des bisherigen Familiennamens

Nach Abs 2 S 1 kann das VormG auf Antrag des Annehmenden mit Einwilligung des Kindes mit dem Ausspruch der Annahme dem bisherigen Familiennamen des Kindes seinen neuen Familiennamen hinzufügen, wenn dies aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Damit stellt diese Bestimmung eine Ausnahme von Abs 1 dar. Sie durchbricht das Prinzip der Namenseinheit – und

damit auch das der Volladoption – in besonders gelagerten Fällen. Anders als § 1758 Abs 4 aF kennt das Ges **kein Wahlrecht des Kindes** mehr, ob es seinem neuen Namen seinen früheren Familiennamen hinzufügen möchte oder nicht (vgl BT-Drucks 7/3061, 45). Nach jener Vorschrift konnte das Kind hierüber frei entscheiden, sofern im Annahmevertrag nichts anderes bestimmt war. Während noch der GesE der Bundesregierung sich damit begnügte, das Hinzufügen des bisherigen Familiennamens (nur) dann zu gestatten, „wenn dies dem Wohl des Kindes entspricht“ (BT-Drucks 7/3061, 6, 45), verfolgte der RAussch des BT eine restriktive Linie und beantragte, Abs 2 so zu fassen, wie er später Ges geworden ist. Unterschiede in den Familiennamen von Kind und Adoptiveltern seien geeignet, das Ziel der völligen Eingliederung des Kindes in die neue Familie zu gefährden. Deshalb solle die Hinzufügung des bisherigen Familiennamens nur in Betracht gezogen werden, wenn das Kind sich mit dem bisherigen Familiennamen bereits identifiziert habe und der Namenswechsel sich störend auf die Eingliederung in die neue Familie auswirken könne (BT-Drucks 7/5087, 18).

Ob mit der Ges gewordenen Formulierung des RAussch im Verhältnis zum RegE **25** eine nennenswerte sachliche Änderung bewirkt worden ist, muß bezweifelt werden. In der Rspr – vor allem zur parallelen Problematik der Vornamensänderung von Adoptivkindern (Nachw Rz 37) – ist anerkannt, daß das Tatbestandsmerkmal „aus schwerwiegenden Gründen“ schon dann erfüllt ist, „wenn dem Wohl des Kindes mit der geänderten Namensführung erheblich besser gedient ist“. Dieselbe **Standardformel** verwendet die **Rspr**, wenn es um die Änderung des Familiennamens geht (LG Bonn FamRZ 1985, 109). Während bei kleineren Kindern eine Hinzufügung des bisherigen Familiennamens kaum in Betracht kommt, dürfte sie bei älteren Kindern schon eher in deren Interesse liegen und bei volljährigen Adoptierten sogar regelmäßig zu bejahen sein, wenn diese unter ihrem bisherigen Familiennamen bekannt geworden sind und bekannt bleiben wollen (ähnlich LG Bonn FamRZ 1985, 109; AG Solingen FamRZ 1988, 105; wie hier BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 12 u MünchKomm-LÜDERITZ Rz 8; **aA** SOERGEL-LIERMANN Rz 17; GERNHUBER § 62 IX 4). Auf ein *besonderes* wirtschaftliches oder gesellschaftliches Interesse sollte man ebensowenig abstellen wie darauf, ob der Angenommene unter seinem bisherigen Namen „in der Fachliteratur bekannt geworden“ ist (AG Erlangen StAZ 1979, 323) oder sich als Sportler oder Künstler einen Namen gemacht hat (vgl AG Solingen FamRZ 1988, 105). Aus der Rspr sind bislang keine Fälle bekannt geworden, in denen bei einer Erwachsenenadoption einem Antrag auf Hinzufügung des bisherigen Familiennamens nicht stattgegeben worden wäre.

2. Antrag des Annehmenden, Einwilligung des Kindes

a) Antrag des Annehmenden

26

Der nach Abs 2 S 1 erforderliche Antrag des Annehmenden bedarf der **notariellen Beurkundung**. Es gelten die gleichen Erwägungen wie für den Antrag des Annehmenden auf Vornamensänderung des Kindes (vgl dazu Rz 40). Für den Antrag auf Hinzufügung des bisherigen Familiennamens hat auch das BayObLG (BayObLGZ 1979, 346, 347f = StAZ 1980, 65, 66) in diesem Sinne entschieden (**aA** BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 12).

b) Einwilligung des Kindes

27

Abs 2 S 1 verlangt die Einwilligung des Kindes. Diese erteilt der gesetzl Vertreter (Abs 2 S 2 iVm § 1746 Abs 1 S 2), wenn das Kind geschäftsunfähig oder noch nicht 14 Jahre alt ist. Vertreten wird das nichtehel Kind vom Amtspfleger (§ 1706 Nr 1).

Im übrigen kann das Kind die Einwilligung nur selbst erteilen; es bedarf hierzu der Zustimmung seines gesetzl Vertreters (Abs 2 S 2 iVm § 1746 Abs 1 S 3). Für den Widerruf der Einwilligung gelten die Ausführungen zur Vornamensänderung entsprechend (vgl Rz 44).

28 3. „Hinzufügen“ des bisherigen Familiennamens

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Abs 2 S 1 gegeben, ist der bisherige Familienname dem neuen hinzuzufügen. Das bedeutet, daß der frühere Name dem neuen Namen **nachgestellt** wird. Das war nach früherem Recht unbestritten (STAUDINGER-ENGLER VoraufI § 1758 Rz 32 mNachw). Unter dem heutigen Recht wird zT die Ansicht vertreten, das Ges gestatte mit der Formulierung „hinzufügen“ auch ein **Voranstellen** des bisherigen Familiennamens (LG Hannover StAZ 1979, 323; AG Erlangen StAZ 1979, 323; VON BAR StAZ 1979, 318; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 9; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, da sie dem im Ges zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers widerspricht (so auch LG Regensburg StAZ 1978, 247; AG Solingen FamRZ 1988, 105; ERMAN-HOLZHAUER Rz 10; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 13; SOERGEL-LIERMANN Rz 16; Fachausschuß des Bundesverbandes der Standesbeamten StAZ 1978, 191). Der Gesetzgeber hat in Kenntnis der einhelligen Auffassung von Rspr u Lit (STAUDINGER-ENGLER VoraufI § 1758 Rz 32) im AdoptG v 1976 die Formulierung „hinzufügen“ beibehalten. Dann aber muß davon ausgegangen werden, daß ein Voranstellen des bisherigen Familiennamens nicht gewollt war. Für diese Interpretation spricht auch, daß nach § 1355 aF bis zum 1. 7. 1976 der Mädchenname dem Ehenamen „hinzugefügt“ werden konnte. Auch hier wurde die Regelung immer so verstanden, daß der Mädchenname nachzustellen sei (STAUDINGER-HÜBNER VoraufI § 1355 Rz 13 mNachw). Wie § 1355 Abs 3 nF zeigt, hat der Gesetzgeber für die Zeit nach dem 1. 7. 1976 durch eine spezielle Wortwahl klargestellt, daß er sich zu einer anderen Regelung entschlossen hat. Eine Harmonisierung von § 1757 Abs 2 S 1 und § 1355 Abs 3, die LÜDERITZ (MünchKomm Rz 9) für richtig hält, mag zwar de lege ferenda wünschenswert sein, ist de lege lata aber nicht möglich.

29 4. Rechtsfolgen des Hinzufügens des bisherigen Familiennamens

Folge des richterlichen Gestaltungsaktes ist es, daß das Kind einen durch Bindestrich verbundenen **Doppelnamen** erwirbt. Der hinzugefügte Name ist nicht Begleitname iS d § 1355 Abs 3.

- 30** Fügt das VormG dem neuen Familiennamen den bisherigen hinzu, so ändert sich beim **verheirateten Angenommenen** nicht der Ehe name, sondern nur der Name, den der Angenommene nach Abs 1 S 1 „als Geburtsnamen“ erhält (BayObLGZ 1985, 184 = MDR 1985, 766 = StAZ 1985, 202). Die Namensänderung erstreckt sich nur dann auf den Ehenamen, wenn der (frühere) Geburtsname des Angenommenen Ehe name geworden ist und der Ehegatte gem Abs 1 S 3 der Namensänderung zustimmt. Dabei umfaßt die Zustimmung nach Abs 1 S 3 als das Weniger auch die Hinzufügung des bisherigen Familiennamens (OLG Hamm OLGZ 1983, 423, 427 = StAZ 1983, 200, 202 = Rpfleger 1983, 353, 354). Wird A, der mit B verheiratet ist, von C adoptiert, so ist zu unterscheiden: Ist der Geburtsname von A zum Ehenamen geworden, so erstreckt sich die Änderung des Geburtsnamens (nunmehr C-A) nur bei Zustimmung durch B auf den Ehenamen. Ist der Geburtsname von B zum Ehenamen geworden, so kann sich der Ehe name nicht ändern. Es ändert sich lediglich der latente Geburtsname des A in C-B (nicht etwa C-A, wie MünchKomm-LÜDERITZ Rz 9 annimmt). Das ist eine Absurdität, weil der vom

Ehegatten abgeleitete Familienname partiell zum Geburtsnamen des Angenommenen würde. „Schwerwiegende Gründe“ iS v Abs 2 S 1 können in einem solchen Fall das Hinzufügen des bisherigen Familiennamens zum neuen nicht rechtfertigen.

Besonderheiten treten im Zusammenhang mit § 1355 Abs 3 auf. Wird A, der mit B **31** verheiratet ist, von C angenommen, und war sein früherer Geburtsname (A) zum Ehenamen geworden, so kann der Angenommene, wenn die Zustimmung seines Ehegatten zur Erstreckung der Namensänderung nicht erteilt wird, seinen neuen Geburtsnamen (C-A) dem Ehenamen voranstellen. Der Angenommene hieße sodann C-A-A (**aA** offenbar LG Gießen StAZ 1984, 100, das vom Namen C-A ausgeht; dagegen zutr Dörr StAZ 1984, 100 f). War der Geburtsname des Ehegatten B zum Ehenamen geworden, so ergäbe sich die Namensreihung C-B-B (nicht C-A-B, wie MünchKomm-LÜDERITZ Rz 9 annimmt). Solchen namensrechtl Absonderlichkeiten kann in der Praxis freilich dadurch begegnet werden, daß das Vorliegen „schwerwiegender Gründe“ iS d Abs 2 S 1 verneint wird (so auch MünchKomm-LÜDERITZ Rz 9). Der bisherige Familienname bleibt nämlich in beiden Fällen auch ohne die gekünstelte Namensreihung erhalten.

5. Verfahrensfragen

32

Wird im Annahmebeschuß ein Antrag auf Hinzufügung des bisherigen Familiennamens zum neuen Familiennamen abgelehnt, so ist die abl Entscheidung mit der **einfachen Beschwerde** (§ 19 FGG) anfechtbar. Die Unanfechtbarkeit von Annahmebeschlüssen (§ 56 e S 3 FGG) steht hier ebensowenig entgegen wie bei der Ablehnung von Anträgen auf Änderung des Vornamens des Adoptierten (vgl Rz 45 und die dort zit Rspr, außerdem ERMAN-HOLZHAUER Rz 16; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 12; **aA** BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 15).

Wird im Adoptionsbeschluß über einen Antrag versehentlich nicht entschieden, so **33** kann das Gericht analog § 321 ZPO in einem **Ergänzungsbeschluß** die Entscheidung nachholen (OLG Hamm OLGZ 1983, 423 = StAZ 1983, 200 = Rpfleger 1983, 353; vgl auch BayObLGZ 1979, 346, 349 f = StAZ 1980, 65, 67). Auch hier gilt Entsprechendes wie bei einer versäumten Entscheidung über die Änderung des Vornamens (vgl Rz 46). Wurde vor dem Wirksamwerden des Annahmebeschlusses (§ 56 e S 2 FGG) kein Antrag auf Hinzufügung des bisherigen Familiennamens zum neuen Familiennamen gestellt, so ist (bei nachgeholtem Antrag) ein Ergänzungsbeschluß unzulässig, weil das VormG nicht mehr für eine Namensänderung zuständig ist. Nichtig dürfte indessen ein dennoch ergehender Ergänzungsbeschluß nicht sein (so aber BayObLGZ 1979, 346 = StAZ 1980, 65 m abl Anm von BAR 67 f; wie hier ERMAN-HOLZHAUER Rz 16; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 12 Fn 55; vgl auch OLG Hamm OLGZ 1983, 423 = StAZ 1983, 200 = Rpfleger 1983, 353).

Wurde antragsgemäß entschieden, so ist damit der **Name mit verbindlicher Wirkung** **34** **festgelegt**, auch wenn er den gesetzl Voraussetzungen des Abs 2 S 1 nicht genügt. Er kann auch im Verfahren nach § 45 Abs 2 PStG nicht mehr geändert werden (BayObLGZ 1978, 372 = StAZ 1979, 121; BayObLGZ 1979, 346 = StAZ 1980, 65 mAnm von BAR; BayObLGZ 1985, 184 = StAZ 1985, 202; OLG Hamm OLGZ 1983, 423, 424 = StAZ 1983, 200, 201 = Rpfleger 1983, 353; OLG Celle StAZ 1979, 323; OLG Stuttgart StAZ 1979, 242; LG Heilbronn StAZ 1979, 70; ERMAN-HOLZHAUER Rz 16; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 12).

Eine **Vorabentscheidung** über den Antrag auf Hinzufügung des bisherigen Familien- **35** namens ist unzulässig. Es gelten die gleichen Erwägungen wie im Falle einer beantragten Vornamensänderung (vgl dazu Rz 47; **aA** LG Bonn FamRZ 1985, 109,

wo – allerdings ohne Erörterung der Problematik – über den Antrag auf Hinzufügung des bisherigen Familiennamens vorab entschieden wurde).

VI. Der Vorname des Angenommenen

36 1. „Schwerwiegende Gründe“ für die Vornamensänderung

Ziel des RegE war es, die Änderung des Vornamens zu erleichtern. Nach altem Recht konnte der Vorname nur im öffentlichrechtl Namensänderungsverfahren gem §§ 11, 3 NÄG (kostenpflichtig) geändert werden. Es entsprach indessen schon früher allg Rechtspraxis, Vornamensänderungen bei einem adoptierten Kleinkind zuzulassen. Eine Ablehnung von Anträgen kam „praktisch kaum in Betracht“ (Loos, Komm z NÄG [1970] § 11 II 3 c dd). Nachdem der RegE in Abs 2 eine Änderung des Vornamens noch unter der Voraussetzung vorgesehen hatte, daß diese „dem Wohl des Kindes dient“ (BT-Drucks 7/3061, 6, 45), wurde die Bestimmung auf Vorschlag des RAussch wegen der entwicklungspsychologischen Bedeutung des Vornamens für Kleinkinder zwischen 1 u 7 Jahren (BT-Drucks 7/5087, 18; ZÖLLER FamRZ 1975, 614) erheblich enger gefaßt: Eine Vornamensänderung kommt nach der Ges gewordenen Fassung von Abs 2 S 1 nur in Betracht, „wenn dies aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist“. Gleiches gilt, wenn dem alten Vornamen ein neuer „beigegeben“ (= hinzugefügt) wird.

- 37 Die gesetzl Regelung ist mißglückt. Wer „schwerwiegende Gründe“ für die Namensänderung fordert, setzt voraus, daß es Gründe gibt, die dem Namenswechsel entgegenstehen, obwohl dieser dem Wohl des Kindes dient. Solche Gründe gibt es nicht (GERNHUBER StAZ 1983, 265, 272). Die Gerichte waren wegen der engen Fassung des Gesetzeswortlauts zunächst verunsichert und lehnten zT Namensänderungen von Kleinkindern ab, die bereits im Säuglingsalter bei ihren künftigen Adoptiveltern aufgenommen und dort bis zur Adoption mit dem später beantragten Vornamen angesprochen worden waren (LG Berlin FamRZ 1978, 149 = DAVorm 1978, 116; LG Berlin DAVorm 1977, 669). In anderen Fällen wurde die Vornamensänderung ausnahmsweise nur deshalb gestattet, weil der Name die ausländische Herkunft verrate (LG Berlin DAVorm 1978, 11: „Marko Curtis“; LG Berlin FamRZ 1979, 79: „Milenko“) oder regional ungewöhnlich sei (AG Aurich DAVorm 1978, 119: „Resi“ in Ostfriesland). Inzwischen sind die Gerichte zu der Praxis zurückgekehrt, die bereits vor der Reform v 1976 im öffentlichrechtl Namensänderungsverfahren üblich war. Die Norm des Abs 2 S 1 wird so angewandt, wie sie entsprechend dem RegE von vornherein hätte gefaßt werden sollen. Verbal wird die Gesetzestreue allerdings mit der **Standardformel** gepflegt, daß Abs 2 S 1 immer dann erfüllt sei, „wenn dem Wohl des Kindes bei der geänderten Namensführung erheblich besser gedient ist, als wenn es seinen bisherigen Namen führt“ (KG OLGZ 1978, 135, 137 = FamRZ 1978, 208, 209 = StAZ 1978, 182, 183; OLG Düsseldorf StAZ 1983, 314; LG Stuttgart DAVorm 1978, 793, 794; LG Freiburg FamRZ 1980, 1068 = StAZ 1981, 146; LG Aachen DAVorm 1984, 910, 912; auch BVerwG NJW 1988, 85, 87 = FamRZ 1987, 807, 810 = StAZ 1987, 251, 254). In der Sache wird jedenfalls zu Recht ein schwerwiegender Grund für die Vornamensänderung bejaht, wenn **Kinder im Säuglingsalter** zu ihren künftigen Adoptiveltern gekommen und dort bis zur Adoption mit dem später beantragten Vornamen gerufen worden sind (so KG OLGZ 1978, 135 = FamRZ 1978, 208 = StAZ 1978, 182; OLG Düsseldorf StAZ 1983, 314; LG Aachen DAVorm 1984, 910; LG Stuttgart DAVorm 1978, 793; LG Freiburg FamRZ 1980, 1068 = StAZ 1981, 146; LÜDERITZ NJW 1976, 1865, 1870; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 14; einschränkend BRÜGGEMANN ZfJ 1988, 101 f; abl PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2). Daß diese Praxis de facto auf ein Vornamensgebungsrecht von Adoptiveltern hinausläuft, die einen

Säugling bei sich aufnehmen, ist nicht nur unschädlich, sondern zu begrüßen; denn für die emotionale Bindung der Adoptiveltern an den in die Familie neu aufgenommenen Säugling ist es oft hilfreich, wenn sie selbst den Namen „ihres“ Kindes bestimmen können. Im übrigen verfährt auch die Verwaltung bei der Änderung von Vornamen, die nach der Geburt überstürzt gewählt wurden und später in der Familie auf Ablehnung stoßen, heute erheblich großzügiger, als das früher noch der Fall war (vgl VGH Kassel NJW-RR 1988, 711). Liegen schwerwiegende Gründe für eine Namensänderung vor, so sind die Annehmenden in der Wahl des Vornamens frei; sie können insbes einen alten Vornamen durch zwei neue ersetzen (LG Berlin FamRZ 1979, 79).

Bei Kindern, die sich mit ihrem alten Vornamen bereits identifiziert haben, kommen indessen die im Gesetzgebungsverfahren (BT-Drucks 7/5087, 18) geäußerten Bedenken gegen eine Vornamensänderung zum Tragen. Vornamensänderungen sind hier nur ausnahmsweise zuzulassen (ZÖLLER StAZ 1975, 614; ders StAZ 1978, 201). Vor einer aufgezwungenen Vornamensänderung schützt auch das Erfordernis der Einwilligung, die vom 14 Jahre alten nicht geschäftsunfähigen Kind selbst erteilt werden muß (vgl unten Rz 41).

Haben die Annehmenden im Annahmeverfahren keinen Antrag auf Änderung des Vornamens gem Abs 2 S 1 gestellt, so ist eine **Vornamensänderung im Verwaltungsweg gem §§ 11, 3 NÄG** möglich (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 10; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 14; BEITZKE § 33 V 4; AG Karlsruhe StAZ 1990, 264, 265). Die allg Verwaltungsvorschrift zum Ges über die Änderung von Familiennamen und Vornamen v 11. 8. 1980 (StAZ 1980, 291, 299) sieht unter Nr 27 Abs 1 lediglich vor, daß die Verwaltungsbehörde vorrangig zu prüfen hat, ob das erstrebte Ziel nicht durch eine namensgestaltende Erklärung nach bürgerlichem Recht oder eine Verfügung des VormG erreicht werden kann. Scheidet jedoch eine Namensänderung nach Abs 2 S 1 aus, weil die Annahme inzwischen ausgesprochen wurde, so kann von einer Subsidiarität des öffentlichrechtl Namensänderungsverfahrens nicht mehr die Rede sein (aA BRÜGGEMANN ZfJ 1988, 101, 109). Die erwähnte allg Verwaltungsvorschrift sieht allerdings in Nr 63 vor, daß eine Änderung von Vornamen nach dem NÄG aus Gründen, die mit der Annahme als Kind zusammenhängen, dann nicht in Betracht kommt, wenn das VormG das Vorliegen schwerwiegender Gründe verneint und deshalb eine Vornamensänderung abgelehnt hat. Früher geäußerte Bedenken, daß im Verwaltungsweg eine Vornamensänderung leichter zu erreichen sei als im Adoptionsverfahren nach Abs 2 S 1 (ZÖLLER StAZ 1978, 201; PÖSCHL BWNZ 1978, 125), sind damit gegenstandslos geworden, vor allem nachdem auch das BVerwG (NJW 1988, 85, 87 = FamRZ 1987, 807, 810 = StAZ 1987, 251, 254) entschieden hat, daß der für die adoptionsrechtl Vornamensänderung geltende Maßstab der Erforderlichkeit aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes auch für die öffentlichrechtl Namensänderung gilt.

2. Antrag des Annehmenden auf Vornamensänderung

40

Der nach Abs 2 S 1 erforderliche Antrag des Annehmenden bedarf entsprechend § 1752 Abs 2 S 2 der **notariellen Beurkundung**. Obwohl Abs 2 die Formfrage nicht anspricht, wird man wegen der Einheitlichkeit der Entscheidung über Annahme und Vornamensänderung den Adoptions- und Namensänderungsantrag der gleichen Form, nämlich der des § 1752 Abs 2 S 2, unterwerfen müssen (BRÜGGEMANN ZfJ 1988, 101, 102 f; ERMAN-HOLZHAUER Rz 13).

Der Antrag ist im übrigen nach allgemeinen fG-Grundsätzen jederzeit rücknehmbar. Die Zurücknahme bedarf ebenso wenig einer besonderen Form wie die Zurücknahme des Annahmeantrags (vgl dazu § 1752 Rz 5 ff).

41 3. Einwilligung des Kindes in die Vornamensänderung

Die nach Abs 2 S 1 erforderliche Einwilligung erteilt nach Abs 2 S 2 iVm § 1746 Abs 1 S 2 der gesetzl Vertreter, wenn das Kind geschäftsunfähig oder noch nicht 14 Jahre alt ist. Im übrigen kann das Kind die Einwilligung nur selbst erteilen; es bedarf hierzu der Zustimmung seines gesetzl Vertreters (Abs 2 S 2 iVm § 1746 Abs 1 S 3). Die Anregung des Bundesrates, dem Kind wegen der Bedeutung der Namensänderung schon ab Vollendung des 7. Lebensjahres ein Einwilligungsrecht zu gewähren (BT-Drucks 7/3061, 76), hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen (BT-Drucks 7/5087, 18).

42 Das nichtehel Kind wird vom Amtspfleger (§ 1706 Nr 1), nicht vom Adoptionsvormund (§ 1751 Abs 1 S 2) vertreten. Zum Auseinanderfallen von Amtspflegschaft und Adoptionsvormundschaft vgl § 1751 Rz 16. Die Vertretungsbefugnis des Amtspflegers ergibt sich daraus, daß die Vornamensänderung, die sonst nicht zu seinem Aufgabenbereich zählt, unselbständiger Teil der Änderung des Eltern-Kind-Verhältnisses durch Adoption ist. Der Amtspfleger hat deshalb für das Kind nicht nur die Einwilligung in die Adoption (§ 1746), sondern auch die Einwilligung in die Vornamensänderung zu erklären (so auch BRÜGGEMANN ZfJ 1988, 101, 104 f; BEITZKE § 33 III 2; DIV-Gutachten ZBJugR 1983, 423 u DAVorm 1987, 777; ERMAN-HOLZHAUER Rz 13; aA OLG Stuttgart FamRZ 1978, 207, 208 = DAVorm 1978, 34, 37; BAER-GROSS 52; DICKESCHIED ZfJ 1988, 375; BGB-RGRK-DICKESCHIED § 1751 Rz 7).

43 Wer Kindesannahme und Vornamensänderung als ein einheitliches Ganzes sieht, sollte sich auch für eine analoge Anwendung von § 1746 Abs 3 aussprechen, wenn der gesetzl Vertreter die **Einwilligung oder Zustimmung** zur Vornamensänderung **ohne triftigen Grund verweigert** (so auch BRÜGGEMANN ZfJ 1988, 101, 104 f; ERMAN-HOLZHAUER Rz 13).

44 Auch gegen eine analoge Anwendung von § 1746 Abs 2 bestehen keine Bedenken, obwohl in § 1757 Abs 2 S 2 auch auf diese Bestimmung nicht verwiesen wird. Das 14 Jahre alte nicht geschäftsunfähige Kind sollte keine Vornamensänderung hinnehmen müssen, die es nicht (mehr) wünscht (BRÜGGEMANN ZfJ 1988, 101, 103). Ob über § 1746 Abs 2 hinaus auch die vom gesetzl Vertreter erklärte **Einwilligung widerrufen** werden kann, mag zweifelhaft sein, weil jedenfalls die für das Kind erklärte Einwilligung in die Adoption gem § 1750 Abs 2 S 2 unwiderruflich ist. Es besteht indessen kein überzeugender Grund, das Vertrauen in die Bestandskraft einer erteilten Einwilligung in eine Namensänderung mit gleicher Intensität zu schützen wie das Vertrauen in die Bestandskraft einer erteilten Einwilligung in eine Statusänderung durch Adoption (BRÜGGEMANN ZfJ 1988, 101, 103; ERMAN-HOLZHAUER Rz 14).

45 4. Verfahrensfragen

Wird im Adoptionsbeschluß der **Antrag auf Vornamensänderung abgelehnt**, so ist die abl Entscheidung mit der **einfachen Beschwerde** (§ 19 FGG) anfechtbar (allgM, vgl OLG Köln StAZ 1982, 278; OLG Düsseldorf StAZ 1983, 314; LG Koblenz StAZ 1983, 205; LG Aachen DAVorm 1984, 910; LG Berlin FamRZ 1979, 79; LG Stuttgart DAVorm 1978, 793; LG Berlin DAVorm 1978, 118). Die Unanfechtbarkeit von Annahmebeschlüssen (§ 56 e S 3 FGG) steht hier ebensowenig entgegen wie bei der Ablehnung von Anträgen auf Hinzufügung des bisherigen Familiennamens zum neuen Familiennamen (vgl Rz 32).

46 Wird im Adoptionsbeschluß über einen Antrag auf Vornamensänderung versehentlich nicht entschieden, so kann das Gericht in einem **Ergänzungsbeschluß** analog

§ 321 ZPO die Vornamensänderung nachholen (OLG Düsseldorf DAVorm 1983, 87; AG Köln StAZ 1982, 178; AG Aachen StAZ 1982, 179; BRÜGGEMANN ZfJ 1988, 101, 107). Auch hier gilt Entsprechendes wie im Falle einer versäumten Entscheidung über eine beantragte Änderung des Familiennamens (vgl Rz 33).

Wurde vor dem Wirksamwerden des Annahmebeschlusses (§ 56 e S 2 FGG) kein Antrag auf Vornamensänderung gestellt, so kann diese nur noch im Verwaltungsverfahren nach §§ 11, 3 NÄG erfolgen (vgl Rz 39). Vgl zur parallelen Problematik bezgl der Änderung des Familiennamens Rz 33.

Eine **Vorabentscheidung** über die beantragte Vornamensänderung vor Erlass des Annahmebeschlusses ist unzulässig (KG OLGZ 1978, 135 = FamRZ 1978, 208 = StAZ 1978, 182 gegen LG Berlin DAVorm 1977, 669 als Vorinstanz und LG Berlin FamRZ 1978, 149 = DAVorm 1978, 116; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 15; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 12; SOERGEL-LIERMANN Rz 21; aA BRÜGGEMANN ZfJ 1988, 101, 106 f; ERMAN-HOLZHAUER Rz 15). Daß die Vornamensänderung „mit dem Ausspruch der Annahme“ zu erfolgen hat, schließt eine Vorabentscheidung iS einer Ankündigungsentscheidung zwar nicht a limine aus. In Erbscheinssachen hat die Rspr zB sog Vorbescheide zugelassen (vgl auch § 1752 Rz 21 zur Vorabentscheidung über die Wirksamkeit einer erforderlichen Einwilligung in die Adoption). Zu bedenken ist jedoch, daß sog Vorbescheide bislang nur in seltenen Ausnahmefällen – praktisch nur im Erbscheinsverfahren (vgl KIEFNER, Der Vorbescheid im Erbscheinerteilungsverfahren – ein Produkt prozessualen Gewohnheitsrechts?, FS Lukes [1989] 701) – anerkannt wurden, weil sie dem verfahrensrechtl Grundsatz widersprechen, daß bei Entscheidungsreife in der Sache selbst zu befinden ist. Daß es für die Beteiligten notwendig sein soll, über die Namensfrage endgültige Klarheit zu schaffen, bevor über die Annahme entschieden wird, will indessen nicht einleuchten.

§ 1758

Tatsachen, die geeignet sind, die Annahme und ihre Umstände aufzudecken, dürfen ohne Zustimmung des Annehmenden und des Kindes nicht offenbart oder ausgeforscht werden, es sei denn, daß besondere Gründe des öffentlichen Interesses dies erfordern.

Absatz 1 gilt sinngemäß, wenn die nach § 1747 erforderliche Einwilligung erteilt ist. Das Vormundschaftsgericht kann anordnen, daß die Wirkungen des Absatzes 1 eintreten, wenn ein Antrag auf Ersetzung der Einwilligung eines Elternteils gestellt worden ist.

BT-Drucks 7/3061, 6, 46; BT-Drucks 7/5087, 18 f.

Systematische Übersicht

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1

II. Offenbarungsverbot

1. Adressatenkreis 6
2. Ergänzende Schutzvorschriften 8

III. Ausforschungsverbot 9

IV. Zustimmung der Betroffenen – besondere Gründe des öffentlichen Interesses gem Abs 1 11

1. Zustimmung der Betroffenen 11
2. Besondere Gründe des öffentlichen Interesses 12

V. Vorwirkung des Offenbarungs- und Ausforschungverbots

1. Die Regelung v Abs 2 15
2. Möglichkeiten der Wahrung des Inkognitos im Adoptionsverfahren und bei späteren Prozessen zwischen Kind und leiblichen Eltern 20

VI. Sanktionen bei Verstößen gegen das Offenbarungs- und Ausforschungsverbot 21

1. Zivilrechtliche Sanktionen 21
2. Öffentlichrechtliche Sanktionen 22

VII. Aufklärung des Adoptivkindes 23**1 I. Normzweck und Entstehungsgeschichte**

Vor der Reform v 1976 war dem BGB eine § 1758 entsprechende Bestimmung fremd. Allerdings ermöglichte bereits das alte Recht **Inkognitoadoptionen** (vgl § 1747 Rz 4) und sicherte diese verfahrensrechtl so ab, daß bei Beachtung der einschlägigen Vorschriften eine Kontaktaufnahme der leibl Eltern mit dem Kind ausgeschlossen war (vgl § 1747 Rz 28). § 1758 zielt zwar in erster Linie auf Inkognitoadoptionen und erweitert deren Schutz über das Adoptionsverfahren hinaus, ist jedoch keineswegs auf sie beschränkt.

- 2 Der Gesetzgeber wollte mit der Regelung des § 1758 nicht irgendwelchen aktuellen Mißständen begegnen, sondern „den Schutz der Beteiligten davor, daß das Annahmeverhältnis grundlos aufgedeckt wird, allgemein verstärken“ (BT-Drucks 7/3061, 46) und gleichzeitig **Art 20 EuAdoptÜbEink** Rechnung tragen, der detaillierte Richtlinien enthält, die dem Geheimhaltungsinteresse von Adoptiveltern und Adoptivkind dienen.
- 3 Auch ohne spezialgesetzl Regelung könnte der durch § 1758 intendierte Schutz weitgehend aus dem **allg Persönlichkeitsrecht** abgeleitet und fortentwickelt werden (so auch GERNHUBER § 62 IX 7). § 1758 erfüllt so gesehen vor allem eine Aufgabe der Klarstellung und Konkretisierung. Auch wenn das Kind selber bereits über seine Herkunft unterrichtet ist, soll diese Herkunft nicht von Außenstehenden ausgeforscht oder ihnen gegenüber offenbart werden. Die Besonderheit der verwandtschaftl Beziehung zwischen dem Kind und seiner neuen Familie darf nicht Gegenstand der Neugier und Indiskretion von Nachbarn oder anderen sein.

Allerdings steht nicht nur das allg Persönlichkeitsrecht, sondern auch das **elterl Sorgerecht** auf dem Spiel. Wie und wann das Kind über seine Herkunft aufgeklärt wird, ist allein Sache der Eltern (Näheres dazu unten Rz 23).

- 4 Das **Interesse der leibl Eltern** an der Geheimhaltung der Adoption ihres Kindes wird durch § 1758 nicht geschützt. § 1758 steht insoweit in Einklang mit der traditionellen Auffassung des deutschen Rechts, daß das Inkognito bei einer Adoption einseitig angelegt ist: Die leibl Eltern kennen die Adoptiveltern nicht, während den Adoptiveltern Name und Adresse der leibl Eltern mitgeteilt wird (vgl § 1747 Rz 26). Es stellt deshalb auch keinen Widerspruch zu § 1758 dar, wenn im Familienbuch der leibl Eltern die Tatsache der Adoption vermerkt ist, ohne daß Beschränkungen der Auskunft und Einsichtnahme entsprechend § 61 Abs 2 PStG bestehen (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 2 a; **aA** ZINKE StAZ 1978, 136). Vor Nachforschungen Unbefugter schützt allerdings § 61 Abs 1 PStG, wenn auch nicht mit der gleichen Intensität wie § 61 Abs 2 PStG. De lege ferenda dürfte jedoch ein verstärkter Schutz auch der leibl Eltern durchaus erwägenswert sein.
- 5 Die Regelung von § 1758 Abs 1 war schon wortgleich im RegE enthalten (BT-Drucks 7/3061, 6, 46). Die **Regelung des Abs 2** geht auf einen Antrag des RAussch zurück (BT-Drucks 7/5087, 18 f) und soll den Schutz des Abs 1 auf die Zeit der Adoptionspflege vorverlagern, wenn die elterl Einwilligung erteilt oder ein Antrag auf Ersetzung gestellt worden ist. Auf die Bestimmung des Abs 2 hätte man

verzichten können. Sie spielt in der Praxis kaum eine Rolle, weil schon vor der Reform v 1976 im Adoptionsverfahren selbst keine Schwierigkeiten bestanden, das angestrebte Inkognito zu wahren.

II. Offenbarungsverbot

1. Adressatenkreis

6

Tatsachen, die geeignet sind, die Annahme und ihre Umstände aufzudecken, dürfen ohne Zustimmung des Annehmenden und des Kindes nicht offenbart werden (Abs 1). Das Offenbarungsverbot richtet sich an jeden, der amtlich oder privat Kenntnis von Tatsachen hat, deren Mitteilung zur Aufdeckung einer Adoption beitragen kann, auch an die leibl Eltern, die Annehmenden und das Kind selbst; denn nach Abs 1 besteht das Offenbarungsverbot nur dann nicht, wenn Annehmender *und* Kind der Aufdeckung des Annahmeverhältnisses zugestimmt haben.

Der **Kreis der vom Offenbarungsverbot Betroffenen** ist somit erheblich weiter als 7 der Kreis der Personen, die sich nach § 203 StGB strafbar machen, wenn sie „ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis“ offenbaren. Auch insoweit, als das Offenbarungsverbot nicht strafbewehrt ist und eine zivilrechtl Unterlassungsklage (vgl Rz 21) nur bescheidenen Schutz gewährt, kommt § 1758 Abs 1 eine erzieherische und bewußtseinsschärfende Funktion zu, – erlangen doch von einer Adoption nicht nur die am Verfahren selbst Beteiligten Kenntnis, sondern auch Bekannte, Nachbarn und vor allem eine ganze Reihe von Behörden (Standesämter, Meldebehörden, Religionsgemeinschaften, Finanzbehörden, Gesundheitsämter, Krankenkasse, Kindergeldkasse, Erziehungsgeldkasse, Rentenversicherung ua mehr). So wird heute mit Blick auf § 1758 zu Recht die Ansicht vertreten, daß der Standesbeamte bei der Aufgebotsverhandlung die Tatsache der Adoption eines Verlobten dem anderen nicht offenbaren darf (NIED StAZ 1982, 257), und daß bei Buchbinderarbeiten für das Standesamt die Buchbinder auf die Beachtung des § 1758 hinzuweisen seien (SACHSE StAZ 1985, 25). Zur Mitteilung der leibl Eltern durch die Adoptionsvermittlungsstelle an die Kindergeldkasse vgl Rundschreiben der BfA DAVorm 1977, 122. Zur Ausstellung einer Abstammungsurkunde für ein adoptiertes Kind an die leibl Eltern vgl FRITSCHKE StAZ 1986, 221.

2. Ergänzende Schutzvorschriften

8

Da sich das Offenbarungsverbot an jedermann richtet, bedarf es im Geburten- und Familienbuch keines besonderen Sperrvermerks mehr, wie er zum Schutz des Inkognitos vor der Reform v 1976 auf Antrag möglich und in der Praxis üblich war (§ 61 Abs 2 u 3 PStG aF). Nach § 61 Abs 2 PStG nF darf nur Behörden, den Annehmenden, deren Eltern, dem gesetzl Vertreter des Kindes und dem über 16 Jahre alten Kind selbst **Einsicht in das Geburten- und Familienbuch** gewährt bzw eine entsprechende Personenstandsurkunde erteilt werden. Die im Behördenverkehr oft benötigte **Geburtsurkunde** des Kindes weist (wie bereits vor der Reform v 1976) als Eltern nur die Annehmenden aus (§ 62 Abs 2 PStG). – Erstreckt sich der durch Adoption erworbene Familienname eines Mannes auf seine Ehefrau (§ 1757 Abs 1 S 3) und das gemeinsame Kind (§ 1757 Abs 1 S 4 HS 1), so sind in die Geburtsurkunde des Kindes auch die Eltern mit dem neuen Ehenamen aufzunehmen. Eine Geburtsurkunde des Kindes, die dieses mit dem neuen Familiennamen, die Eltern aber mit dem zZ der Geburt des Kindes geführten Namen ausweist, würde nach BayObLGZ 1980, 246, 256 = StAZ 1981, 54, 57 = DAVorm 1981, 384,

390 gegen § 1758 Abs 1 verstoßen, weil sie Anlaß dafür sein könnte, die Tatsache der Adoption des Vaters selbst dort aufzudecken, wo besondere Gründe des öffentlichen Interesses dies nicht erfordern. – Anders als die Geburtsurkunde weist die **Abstammungsurkunde** (§ 62 Abs 1 PStG), die der Angenommene wegen § 4 EheG spätestens bei der Eheschließung vorlegen muß, auch die leibl Eltern aus, was zu schweren Konflikten führen kann, wenn die Adoptiveltern es versäumt haben, den Angenommenen rechtzeitig über die Tatsache der Adoption aufzuklären. Auch im **polizeilichen Meldeverfahren** sind bei den Einwohnermeldeämtern wegen § 1758 Abs 1 an sich besondere Sperrvermerke nicht mehr erforderlich, aber üblich (Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung idF v 1988 unter 13.3), um die Feststellbarkeit der neuen Adresse des Anzunehmenden bei dessen Ummeldung mit Sicherheit auszuschließen (vgl auch § 1747 Rz 28). – Auch § **34 Abs 2 FGG** ergänzt und konkretisiert § 1758 Abs 1. Nach dieser Bestimmung kann die Einsicht in Akten und die Erteilung von Abschriften beschränkt oder versagt werden, falls die betr. Unterlagen geeignet sind, die Annahme oder ihre Umstände aufzudecken.

9 III. Ausforschungsverbot

Das **Ausforschungsverbot** gilt wie das Offenbarungsverbot **für jedermann**. Nach Einführung der Volladoption besteht kein Anlaß mehr für Behörden, Arbeitgeber, Vermieter usw., in Formularen getrennt danach zu fragen, ob ein Kind ein leibl oder ein angenommenes ist (vgl BT-Drucks 7/3061, 46). Nachdem bei der Verabschiedung des AdoptG v 1976 aus Zeitgründen eine umfassende Anpassung sämtlicher Rechts- und Verwaltungsvorschriften nicht erfolgen konnte, wurde diese durch das AdoptAnpG v 24. 6. 1985 (BGBl I 1144; Begründung BT-Drucks 10/1746, 11 f) weitgehend nachgeholt. Auch die **Formularpraxis** hat sich inzwischen auf die neue Rechtslage eingestellt und differenziert nicht mehr zwischen leibl und angenommenen Kindern. Soweit dies dennoch der Fall ist, brauchen entsprechende Angaben nicht gemacht zu werden. Das Kind kann als „ehel“ bezeichnet werden (PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1 aE). Für genetische Lügen besteht jedoch kein Anlaß (so auch GERNHUBER § 62 IX Fn 10; aA MünchKomm-LÜDERITZ Rz 6; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; ERMAN-HOLZHAUER Rz 6).

- 10** Das Ausforschungsverbot bezieht sich auch auf die Ermittlung von Daten und Fakten, die **zeitlich vor der Annahme liegen**, aber geeignet sind, das Annahmeverhältnis aufzudecken (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; aA MünchKomm-LÜDERITZ Rz 7). Wer nachforscht, ob ein ehel Kind von einer anderen Frau geboren wurde, deckt notwendigerweise auch die Tatsache der späteren Adoption auf. Soweit ausnahmsweise die natürliche Verwandtschaft Rechtswirkungen äußert, welche die Adoption überdauern (vgl § 1755 Rz 8–14), sind Nachforschungen möglich, aber nicht, weil es sich um Umstände handelt, die zeitlich vor der Adoption liegen, sondern weil hier besondere Gründe des öffentlichen Interesses einer Geheimhaltung entgegenstehen (vgl dazu unten Rz 13).

11 IV. Zustimmung der Betroffenen – besondere Gründe des öffentlichen Interesses gem Abs 1

Das Offenbarungs- und Ausforschungsverbot besteht nicht, wenn Annehmender und Kind der Aufdeckung des Annahmeverhältnisses zugestimmt haben oder besondere Gründe des öffentlichen Interesses die Offenbarung oder Ausforschung erfordern.

1. Zustimmung der Betroffenen

Notwendig ist **sowohl die Zustimmung des Annehmenden als auch die des Kindes** (arg „und“). In Abs 1 fehlt eine Regelung, von welchem Alter an **das Kind persönlich** die Zustimmung zu erklären vermag. In Betracht kommt eine analoge Anwendung von § 1746 Abs 1, der auf die Vollendung des 14. Lebensjahres abstellt (so GERNHUBER § 62 IX 7; SOERGEL-LIERMANN Rz 5), oder von § 61 Abs 2 PStG, wonach es auf die Vollendung des 16. Lebensjahres ankommt (so ERMAN-HOLZHAUER Rz 8; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 9), oder aber eine Kombination beider Vorschriften (so MünchKomm-LÜDERITZ Rz 4) mit der Konsequenz, daß das 16 Jahre alte Kind allein entscheidet (§ 61 Abs 2 PStG), während das 14 Jahre alte Kind noch der Zustimmung seines gesetzl Vertreters bedarf (§ 1746 Abs 1). Nahe-liegend dürfte eine entsprechende Anwendung von § 1746 Abs 1 sein. § 61 Abs 2 PStG besagt nur, daß ein 16 Jahre altes Kind sich selbst Kenntnis von den Ein-tragen im Geburten- und Familienbuch verschaffen kann, nicht aber, ob es eigenverantwortlich zu entscheiden hat, ob Ausforschungen oder Offenbarungen von dritter Seite ihm zum Nutzen oder Schaden gereichen. Die entsprechende Anwendung von § 1746 Abs 1 stellt außerdem sicher, daß in Übereinstimmung mit zahlreichen anderen Bestimmungen, die dem 14 Jahre alten Kind ein erhöhtes Maß an Selbstbestimmung einräumen (vgl § 1746 Rz 2), das 14 Jahre alte Kind es nicht hinnehmen muß, daß die Tatsache der Adoption gegen seinen Willen aufgedeckt, zB seine Lebensgeschichte von den Adoptiveltern vermarktet wird.

Gibt der Annehmende die Tatsache der Adoption ohne Bitte um Verschwiegenheit bekannt, entfallen insoweit Offenbarungs- und Ausforschungsverbot. Dies gilt allerdings nicht für weiterhin geheimgehaltene Einzelinformationen, wie zB die Identität der leibl Eltern. Gegen den Willen der Adoptiveltern dürfen auch dem 16 Jahre alten minderjährigen Adoptivkind von dritter Seite insbes über die Adop-tionsvermittlungsstelle keine Information gegeben werden, die über die Angaben im Familien- und Geburtenbuch hinausgehen (vgl DIV-Gutachten DAVorm 1983, 273).

2. Besondere Gründe des öffentlichen Interesses

12

Die Aufdeckung des Annahmeverhältnisses ist zulässig, wenn besondere Gründe des öffentlichen Interesses dies erfordern. Die Aufdeckung des Annahmeverhältnis-ses muß also notwendig sein, um den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck zu erreichen. Es darf kein anderes das Geheimhaltungsinteresse der Betroffenen weniger tangierendes Mittel zur Verfügung stehen, und es dürfen nur diejenigen Umstände offenbart und ausgeforscht werden, auf deren Aufdeckung es entschei-dend ankommt. Außerdem muß es sich um „besondere“ Gründe des öffentlichen Interesses handeln; es muß also immer eine **Abwägung** zwischen dem Geheimhal-tungsinteresse einerseits und dem mit der Aufdeckung angestrebten Zweck vorge-nommen werden. Auch nach einer Aufdeckung der Annahme wegen besonderer Gründe des öffentlichen Interesses bleiben die ermittelnden Personen und Behör-den an § 1758 Abs 1 gebunden. Sie dürfen die gewonnenen Informationen nur zweckbestimmt verwerten.

Besondere Gründe des öffentlichen Interesses können sich vor allem aus dem **13** Fortwirken der natürlichen Verwandtschaft ergeben (Näheres § 1755 Rz 14). So erlaubt das Eheverbot der leibl Verwandtschaft (§ 4 Abs 1 EheG) entsprechende Nachforschungen, weshalb dem Standesbeamten bei der Eheschließung eine Ab-stammungsurkunde vorgelegt werden muß (vgl §§ 5 Abs 1, 62 Abs 1 PStG). Ermitt-lungen, welche eine Annahme aufdecken, können erforderlich werden, soweit die

leibl Verwandtschaft im Strafrecht ihre teils privilegierende, teils strafbegründende Bedeutung behält (§§ 173 Abs 1, 174 Abs 1 Nr 3 StGB). Entsprechendes gilt im gerichtl und Verwaltungsverfahren, wo leibl Verwandte eines Verfahrensbeteiligten von bestimmten Tätigkeiten, zB als Richter, Notar, Verwaltungsbeamter, ausgeschlossen bleiben (vgl § 1755 Rz 14). Bezügl des aus der Zugehörigkeit zur Ursprungsfamilie abgeleiteten Zeugnisverweigerungsrechts (vgl § 1755 Rz 14) wird zT die Ansicht vertreten, daß hier das Geheimhaltungsinteresse nur ausnahmsweise, etwa bei der Aufklärung schwerer Delikte, zurückstehen müsse (SOERGEL-LIERMANN Rz 5; ROTH-STIELOW Rz 8). Da jedoch das Offenbarungsverbot, vom konkreten Verfahren abgesehen, nicht aufgehoben ist, wird man ein besonderes öffentliches Interesse generell bejahen müssen (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 7). Die Bestimmungen des § 15 Abs 1 Nr 3 PStG, wonach ein angenommenes Kind in das Familienbuch der Annehmenden einzutragen ist, dient dem öffentlichen Interesse an der Vollständigkeit und Richtigkeit des Personenstandsbuches und steht deshalb im Einklang mit § 1758 Abs 1 (OLG Hamm StAZ 1980, 241).

- 14 Private Interessen Dritter** werden vom Ges nicht erwähnt. Fälle, in denen schützenswerte Drittinteressen auf dem Spiele stehen, ohne daß gleichzeitig besondere Gründe des öffentlichen Interesses tangiert wären, dürften indessen selten sein (vgl GERNHUBER § 62 IX 7). Das OVG Münster (NJW 1985, 1107 = FamRZ 1985, 204) hat entschieden, daß nach einer Inkognitoadoption die Benennung des zuständigen VormG sowie des Aktenzeichens zwecks Durchführung eines Adoptionsaufhebungsverfahrens jedenfalls dann nicht im öffentlichen Interesse liegt, wenn das Aufhebungsverfahren offensichtlich aussichtslos ist. Wäre das angestrebte Aufhebungsverfahren nicht aussichtslos gewesen, so hätten „besondere Gründe des öffentlichen Interesses“ schwerlich eine Gefährdung des Inkognitos gerechtfertigt, wohl aber das durch §§ 1759 f geschützte eigene Interesse der Kindesmutter. Trotz des Wortlauts v § 1758 Abs 1 sollte man deshalb den Weg zu der für den Persönlichkeitsschutz ohnehin typischen Güterabwägung nicht versperren (so auch GERNHUBER § 62 IX 7; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 4; ERMAN-HOLZHAUER Rz 7; vgl auch BGB-RGRK-DICKESCHEID Rz 10).

V. Vorwirkung des Offenbarungs- und Ausforschungsverbots

15 1. Die Regelung v Abs 2

Gem § 1758 Abs 2 S 1 setzt das Offenbarungs- und Ausforschungsverbot bereits ein, sobald die leibl Eltern die Einwilligung in die Adoption erteilt haben. Darüber hinaus kann das VormG anordnen, daß die Wirkung des Abs 1 schon eintreten soll, wenn das Verfahren auf Ersetzung der elterl Einwilligung eingeleitet worden ist (§ 1758 Abs 2 S 2). Auf diese Weise soll bereits das Adoptionspflegeverhältnis gegen Störungsversuche der leibl Eltern geschützt werden.

- 16** Die erst auf Antrag des RAussch (BT-Drucks 7/5087, 18 f) eingefügte Bestimmung des Abs 2 ist **ohne große praktische Bedeutung** geblieben, was auch ihre spärliche Resonanz in Rspr u Schrifttum beweist. Die Gründe liegen auf der Hand: Befindet sich ein Kind in Adoptionspflege, und wurde die elterl Einwilligung nach § 1747 erteilt, so ruht die elterl Sorge, das Umgangsrecht darf nicht mehr ausgeübt werden (§ 1751 Abs 1). Versuche der Eltern, trotz angestrebter Inkognitoadoption den Aufenthalt ihres Kindes ausfindig zu machen, sind mit dem Wohl des Kindes nicht vereinbar, so daß entsprechende Auskünfte schon nach § 1634 Abs 3 S 1 verweigert werden können. Wurde ein Antrag auf Ersetzung der elterl Einwilligung (§ 1748) gestellt, und befindet sich das Kind in Adoptionspflege, so gilt Entsprechendes, weil

das Kind sich nur dann bei unbekannten Pflegeeltern befinden kann, wenn den Eltern weder das Sorge- noch das Umgangsrecht zusteht (§§ 1666, 1634), so daß auch hier Mitteilungen über den Kindesaufenthalt in aller Regel dem Wohl des Kindes widersprechen (§ 1634 Abs 3 S 1). Eigenständige Bedeutung hat § 1758 Abs 2 S 2 in seltenen Fällen nur dann, wenn den Eltern ohne Gefährdung des Kindesinteresses dessen Aufenthalt mitgeteilt werden könnte, durch diese Mitteilung aber das Inkognito der möglichen Adoptiveltern gefährdet würde.

Das Offenbarungs- und Ausforschungsverbot nach Abs 2 gilt wie das nach Abs 1 für **17** jedermann und schützt das Geheimhaltungsinteresse der künftigen Adoptiveltern nicht nur gegenüber den leibl Eltern, sondern **auch gegenüber Pflegeeltern**, die eine Herausgabe des Pflegekindes an die Adoptionsbewerber zu verhindern suchen (vgl BVerfGE 79, 51, 68 = NJW 1989, 519, 521 = FamRZ 1989, 31, 35).

Eine **über Abs 2 hinausgehende Vorverlagerung** des Offenbarungs- und Ausfor- **18** schungsverbots ist weder rechtl zulässig noch erforderlich. Fehlt es an der nach § 1747 erforderlichen Einwilligung, und wurde auch kein Antrag auf Ersetzung (§ 1748) gestellt, so ist eine Auskunftssperre gegenüber den leibl Eltern nur unter den Voraussetzungen des § 1634 Abs 3 S 1 möglich (so auch MünchKomm-LÜDE- RITZ Rz 5; mißverständlich LG Berlin DAVorm 1980, 936, 939).

Eine vormundschaftsgerichtl Anordnung nach Abs 2 S 2 ist möglich, sobald ein **19** Antrag auf Ersetzung gestellt ist. Wird der **Antrag auf Ersetzung abgelehnt**, so kann die Anordnung im Hinblick auf eine eventuelle (einfache) Beschwerde weiterhin getroffen werden (AG Königstein ZfJ 1989, 212, wo allerdings nach Ablehnung der Ersetzung die Auskunftssperre nur im Wege einer einstweiligen Anordnung erging; DIV-Gutachten ZfJ 1988, 338 zu demselben Verfahren).

2. Möglichkeiten der Wahrung des Inkognitos im Adoptionsverfahren und bei 20 späteren Prozessen zwischen Kind und leiblichen Eltern

Da leibl Eltern und Adoptiveltern am Adoptionsverfahren beteiligt sind, stellt sich die Frage, wie das Inkognito gewahrt werden kann, während des gesamten Verfahrens. Zur Einwilligungserklärung des Kindes, das durch seine Eltern vertreten wird, vgl § 1746 Rz 6 ff; zur Einwilligung der Eltern in eine Inkognitoadoption vgl § 1747 Rz 25; zur Ersetzung der elterl Einwilligung in eine Inkognitoadoption vgl § 1748 Rz 41; zur Wahrung des Inkognitos bei der Bekanntmachung des Adoptionsbeschlusses an die leibl Eltern vgl § 1752 Rz 29; zur Vaterschaftsfeststellung während und nach der Adoption vgl § 1755 Rz 15 und § 1747 Rz 43. Auch bei anderen Prozessen zwischen Kind und leibl Eltern, insbes bei der Geltendmachung von Unterhaltsrückständen (vgl LG Hof ZblJugR 1966, 270; ZARBOCK ZblJugR 1967, 140, 150) gelten die zur Wahrung des Inkognitos bei der Vaterschaftsfeststellung gemachten Ausführungen (vgl auch VoraufI § 1747 Rz 23 a).

VI. Sanktionen bei Verstößen gegen das Offenbarungs- und Ausforschungsverbot 21

Der Gesetzgeber hat bewußt davon abgesehen, besondere Sanktionen für den Verstoß gegen § 1758 vorzusehen (RegE BT-Drucks 7/3061, 46). Dem Adoptivkind und dem Annehmenden steht aber das allg Instrumentarium zivil- und öffentlich-rechtl Sanktionen zur Verfügung.

1. Zivilrechtliche Sanktionen

§ 1758 ist ein Schutzgesetz iS v § 823 Abs 2, stellt eine spezialgesetzl Regelung des allg Persönlichkeitsrechts dar und berechtigt deshalb nicht nur zum Ersatz des

materiellen, sondern unter den von der Rspr entwickelten Grundsätzen auch zum Ersatz des immateriellen Schadens (GERNHUBER § 62 IX 7; BGB-RGRK-DICKE-SCHIED Rz 8). Aus § 1758 können sich außerdem in entsprechender Anwendung von § 1004 Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche ergeben (BGB-RGRK-DICKE-SCHIED Rz 7; ERMAN-HOLZHAUER Rz 11). Aktiv legitimiert sind sowohl das Kind als auch der Annehmende.

22 2. Öffentlichrechtliche Sanktionen

Gegenüber Amtsträgern können Kind und Annehmender die Wahrung des Adoptionsheimnisses durch Dienstaufsichtsbeschwerde und verwaltungsgerichtl Leistungsklage in Form der Unterlassungsklage erzwingen. Bei bereits erfolgter Verletzung stehen ihnen Ersatzansprüche nach Art 34 GG iVm § 839 zu.

23 VII. Aufklärung des Adoptivkindes

Daß dem Adoptivkind wie jedem Kind ein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft zusteht (BVerfGE 79, 256 = NJW 1989, 891 = FamRZ 1989, 255), besagt nichts darüber, wie und von welchem Alter an das Kind über seine Herkunft aufzuklären ist. Die Aufklärung des minderjährigen Kindes ist allein **Aufgabe der personensorgeberechtigten Adoptiveltern**, nicht der früher mit der Adoptionsvermittlung befaßten Stelle (vgl DIV-Gutachten DAVorm 1983, 273). Daran ändert auch der Umstand nichts, daß das Kind selber ab 16 Jahren Einsicht in den Geburtseintrag fordern und sich auf diese Weise die notwendigen Kenntnisse verschaffen darf (§ 61 Abs 2 PStG).

Von den mit der Adoptionsvermittlung befaßten Fachkräften wird in weitgehender Übereinstimmung mit der Literatur* der Standpunkt vertreten, daß Adoptivkinder **früh und kindgerecht** mit der Tatsache der Adoption vertraut gemacht werden sollen. „Notlügen“ sollen ebenso wie ausweichende Antworten vermieden werden. Am besten sei es, wenn das Kind nicht im eigentlichen Sinn des Wortes „aufgeklärt“, sondern von Anbeginn an kindgerecht mit den Umständen der Adoption vertraut gemacht werde und so mit dem Eindruck aufwachse, als habe es immer schon von seiner Adoption gewußt (aA WIEDER in: HARMS-STREHLOW 34 ff, 41: „Je länger die Mitteilung hinausgeschoben werden kann, desto besser scheint es zu sein.“). Kinder, die ihre leibl Eltern nie bewußt erfahren haben, leiden unter solchen Informationen nicht, sondern nehmen sie als selbstverständlich hin. Entscheidend ist, daß sie sich bei ihren Adoptiveltern geborgen fühlen. Eine zu späte, ungeschickte oder Dritten überlassene Aufklärung kann zu schweren psychischen Störungen führen. Darauf ist bei der Adoptionsvermittlung hinzuweisen (Richtlinien für die Adoptionsvermittlung v 1963 unter 2.43). In den Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung idF v 1988 heißt es unter 5.2:

„Im Gespräch mit den Adoptiveltern und dem Kind wirkt die Fachkraft darauf hin, daß das Kind altersgemäß mit der Tatsache seiner Adoption vertraut gemacht wird. Die Fachkraft kann hier keine festen Konzepte, sondern nur Hilfen anbieten, wie dieses zu leisten ist. Hierbei berücksichtigt sie, daß sich viele Adoptiveltern immer noch scheuen, das Kind über seine Herkunft aufzuklären, weil sie wünschen, es sei ihr leibliches Kind. Eine solche unrealistische Einstellung kann, wenn sie vom Kind entdeckt wird, dessen Vertrauensgrundlage erschüttern.“

* Näheres bei BOHMANN 162 f; EBERTZ 94 ff; HOFFMANN-RIEM 221 ff; JUNGSMANN 91 ff; ders Z f Kinder- u Jugendpsychiatrie 1980, 184, 208 f; LIFTON 254 ff; MATEJCZEK UJ 1969, 403; NAPP-PETERS 125 ff; REUTHER UJ 1969, 54; SOROSKY-BARAN-PANNOR 76 ff; SWIENTEK, Wir haben dich adoptiert 11 ff.

Im übrigen wäre es ein Irrtum, zu glauben, man könne einem Adoptivkind auf Dauer seine Herkunft verheimlichen. Spätestens bei der Eheschließung muß der Adoptierte eine sog Abstammungsurkunde (§ 62 Abs 1 PStG) vorlegen, aus der sowohl die Tatsache der Adoption als auch die leibl Eltern hervorgehen (vgl oben Rz 8).

§ 1759

Das Annahmeverhältnis kann nur in den Fällen der §§ 1760, 1763 aufgehoben werden.

BT-Drucks 7/3061, 24 ff, 46; BT-Drucks 7/5087, 7 ff, 19.

Systematische Übersicht

- | | |
|---|---|
| I. Normzweck und Entstehungsgeschichte
1 | 2. Wiederaufnahme des Verfahrens
14 |
| II. Unwirksamkeit und Aufhebbarkeit
1. Allgemeines 5
2. Unwirksamkeit aus materiellen Gründen 6
3. Unwirksamkeit aus formellen Gründen 7
4. Geltendmachung der Unwirksamkeit 8 | IV. Aufhebung und Beteiligteninteressen 15

V. Aufhebungsverfahren
1. Zuständigkeit 19
2. Gang des Verfahrens 20
3. Entscheidung und Rechtsmittel 23 |
| III. Verhältnis des Aufhebungsverfahrens zu anderen Verfahren
1. Verfassungsbeschwerde 9 | VI. Übergangsbestimmungen 26 |

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1

Unter der Geltung des Vertragssystems war die Bestandskraft des Annahmeverhältnisses nur unzureichend gewährleistet. Das Annahmeverhältnis war nicht nur nach Maßgabe der §§ 1770 a, 1770 b aF aufhebbar, sondern teilte wegen seiner vertragsrechtl Natur auch die allg Bestandsrisiken schuldrechtl Verträge. Es galten die allg Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe (Verstoß gegen die guten Sitten, Irrtum, Täuschung, Drohung; zur Kritik daran vgl VoraufI § 1755 Rz 30 ff mNachw). Darüber hinaus konnte das Annahmeverhältnis durch Vertrag jederzeit wieder aufgehoben werden (§ 1768 aF), wobei allerdings der Aufhebungsvertrag vormundschftsgerichtl genehmigt und gerichtl bestätigt werden mußte (§§ 1770, 1751, 1754 aF).

Ein wesentliches Anliegen der **Adoptionsrechtsreform** war es, dem Annahmeverhältnis **verstärkten Bestandsschutz** zu verleihen (BT-Drucks 7/3061, 25–27; BT-Drucks 7/5087, 7 f; BOSCH, Gutachten für den 44. DJT [1962], Verh Bd I 1 B, 118; ENGLER 86 ff; LÜDERITZ 84; vgl auch VoraufI § 1755 Rz 30 ff) und so dem Prinzip der Volladoption Rechnung zu tragen. Dem entspricht es, daß § 56 e S 3 FGG den Annahmebeschluß für unanfechtbar und nicht abänderbar erklärt und das Ges in den §§ 1759 ff die Aufhebung des Annahmeverhältnisses an eng begrenzte Voraussetzungen knüpft. Eine Aufhebung kraft Ges ist nur für den Sonderfall des § 1766 vorgesehen. Mängel, die dem Adoptionsdekret anhaften, berechtigen – soweit sie in § 1760 für beachtlich erklärt sind – lediglich zur Aufhebung durch richterl Beschluß. Die Berufung auf allg rechtsgeschäftliche Unwirksamkeits- bzw Anfechtungsgründe ist ausgeschlossen, eine Konsequenz, die sich zwingend aus dem Übergang zum Dekretsystem ergibt.

- 3 Der Gesetzgeber hat bewußt davon abgesehen, das Annahmeverhältnis gänzlich unauflöslich auszugestalten. Ähnlich wie bei der Eheschließung (Nichtigkeitssklage gem §§ 16 ff EheG; Aufhebbarkeit gem §§ 28 ff EheG) konnte der Gesetzgeber auch bei der Adoption nicht über gravierende Mängel bei der Begründung des Statusverhältnisses einfach hinweggehen. Die Nichtbeachtung von Mitwirkungsrechten der leibl Eltern, des Kindes oder der Annehmenden führt nach Maßgabe der §§ 1760, 1761 zur **Aufhebbarkeit des Annahmeverhältnisses**. Eine Aufhebung zum Wohl des Kindes trotz fehlerfrei zustandegekommener Adoption sieht § 1763 vor. Von einer gravierenden Ungleichbehandlung leibl und angenommener Kinder kann indessen nicht die Rede sein; denn § 1763 Abs 1 iVm Abs 3 lit b ist das notwendige Korrelat des (nicht unproblematischen) § 1742, der eine Zweitadoption von der vorherigen Aufhebung der ersten abhängig macht. So gesehen bewirkt § 1763 sogar die Gleichstellung leibl und angenommener Kinder, sieht man einmal von § 1763 Abs 2 iVm Abs 3 lit a ab, der bei der Adoption durch ein Ehepaar die Aufhebung des Annahmeverhältnisses zwischen dem Kind und nur einem Ehegatten auch ohne Zweitadoption erlaubt. Soweit § 1763 Abs 3 lit a eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses auch gestattet, „wenn ein *leiblicher* Elternteil bereit ist, die Pflege und Erziehung des Kindes zu übernehmen, und wenn die Ausübung der elterlichen Sorge durch ihn dem Wohl des Kindes nicht widersprechen würde“, handelt es sich in Wirklichkeit um eine „Rückadoption“ des Kindes durch seine leibl Eltern (oder einen Elternteil), die aber das Ges nicht vorsieht, weil mit der Aufhebung der Adoption das natürliche Verwandtschaftsverhältnis kraft Ges (§ 1764 Abs 3) wiederauflebt und nur die Rückübertragung des Sorgerechts von einer vormundschaftsgerichtl Entscheidung abhängt (§ 1764 Abs 4).
- 4 Die rechtliche Stabilität von Annahmeverhältnissen wird durch die **Angaben des Statistischen Bundesamtes** (Fachserie 13: Sozialleistungen, Reihe 6.1: Erzieherische Hilfen und Aufwand für die Jugendhilfe) unterstrichen. Im Jahre 1985 wurden nach §§ 1760, 1763 insges nur 18 Adoptionen aufgehoben, 1986: 10, 1987: 42 und 1988: 13. Andererseits beweist die Statistik, daß die Reform des Adoptionsrechts die Lebenswirklichkeit nur in bescheidenem Maße beeinflusst hat. Auch vor der Reform lagen die Aufhebungen nur bei ca 30–40 im Jahresdurchschnitt (Zusammenstellung MünchKomm-LÜDERITZ Rz 3); allerdings waren die Fälle der früheren Nichtigkeit (s oben Rz 1) statistisch nicht miterfaßt.

II. Unwirksamkeit und Aufhebbarkeit

5 1. Allgemeines

Die Aufhebung des Annahmeverhältnisses setzt dessen Wirksamkeit voraus. Der Gesetzgeber hat – unter Hinweis auf die geringe praktische Relevanz – von einer Regelung der Fälle, in denen **Nichtigkeit** des Annahmedekrets anzunehmen ist, abgesehen (BT-Drucks 7/3061, 46). Die in § 1760 normierten Aufhebungsgründe machen deutlich, daß das Ges selbst an schwerste Verstöße gegen materielles Recht nicht die Sanktion der Nichtigkeit, sondern grds die der Aufhebbarkeit knüpft. Gleichwohl sind Fälle, in denen der Annahmebeschuß mit so schwerwiegenden Fehlern behaftet ist, daß ihm jegliche Rechtswirkungen abzusprechen sind, nicht gänzlich auszuschließen.

6 2. Unwirksamkeit aus materiellen Gründen

Ein Adoptionsbeschluß kann im Einzelfall keinerlei Rechtswirkungen erzeugen, wenn die durch ihn ausgesprochene Adoption mit grundlegenden Wertungen des Ges schlechthin unvereinbar ist. So ist die **gemeinschaftliche Annahme eines Kindes**

durch Personen, die nicht miteinander verheiratet sind (zB Partner einer nichtehel Lebensgemeinschaft oder Geschwister), als nichtig anzusehen (ebenso BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 3; ERMAN-HOLZHAUER Rz 3; LG Bad Kreuznach StAZ 1985, 167). Die rechtl Konsequenz einer solchen Adoption, nämlich Ehelichkeit im Verhältnis zu Unverheirateten, läßt sich mit dem Ges schlechterdings nicht vereinbaren. Zwar kann faktisch auch in einem solchen Fall eine dauerhafte Eltern-Kind-Beziehung zwischen Annehmenden und Angenommenem entstehen, deren fehlende rechtl Absicherung dem Kindeswohl abträglich ist. Gleichwohl muß die Ansicht, daß die gemeinschaftliche Annahme durch Unverheiratete eine flexible Reaktion erfordere, die durch eine schematische Nichtigkeit nicht ermöglicht werde (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 15), bedenklich erscheinen. Sie zwingt zur Konstruktion eines zusätzlichen, im Ges nicht vorgesehenen Aufhebungsgrundes und widerspricht so dem bewußt abschließenden Charakter der §§ 1760, 1763. Die Verweisung auf die Aufhebbarkeit hätte außerdem zur Folge, daß bis zu einer etwaigen Aufhebung – sollte sie überhaupt jemals erwogen werden – das Kind entgegen dem Ges eben doch rechtl die Stellung eines ehel Kindes Unverheirateter hätte. Den faktisch gewachsenen Bindungen des Kindes läßt sich de lege lata nur durch die Neubegründung eines Annahmeverhältnisses zu einem der beiden „Annehmenden“ Rechnung tragen. Allerdings kann in den Fällen, in denen die unverheirateten Annehmenden miteinander die Ehe eingehen, Heilung des Mangels angenommen werden.

Eine entgegen § 1742 vorgenommene **Zweitadoption** ist hingegen nicht nichtig, sondern lediglich unter den Voraussetzungen der §§ 1760, 1763 aufhebbar (Näheres § 1742 Rz 18).

Rechtl wirkungslos bleibt die **Annahme des eigenen ehel Kindes** durch einen Elternteil (vgl § 1741 Rz 40). Nimmt allerdings der Elternteil das Kind gemeinschaftlich mit seinem Ehegatten an, so ist die Adoption durch den Ehegatten wirksam (vgl § 1754 Rz 7).

Keine Rechtswirkungen entfaltet ein Adoptionsdekret, bei dessen Wirksamwerden das **Kind bereits verstorben** ist (vgl § 1753 Rz 3).

Wird ein Volljähriger nach den Vorschriften über die Minderjährigenadoption angenommen, so ist der Adoptionsbeschluß wirksam; der Standesbeamte hat die Adoption als Minderjährigenadoption beizuschreiben (AG Kempten StAZ 1990, 108).

3. Unwirksamkeit aus formellen Gründen

7

Besonders schwere Verfahrensverstöße können zur Nichtigkeit des Adoptionsdekrets führen. Nichtigkeit ist anzunehmen, wenn ein Gericht oder eine Behörde außerhalb der fG den Annahmeschluß erlassen hat (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4; ERMAN-HOLZHAUER Rz 3; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 16; aA BÄRMANN, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, 1968, § 6 II 4; wohl auch BISCHOF JurBüro 1976, 1569, 1592; HABSCHIED § 25 III 1 a im Verhältnis zur str Gerichtsbarkeit). Die Nichtbeachtung der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts oder die Mitwirkung eines kraft Ges ausgeschlossenen Richters führen hingegen nicht zur Unwirksamkeit (§ 7 FGG). Hat der funktionell unzuständige Rechtspfleger (vgl § 14 Nr 3 f RPflG) die Annahme ausgesprochen, ist der Beschluß unwirksam (§ 8 Abs 4 S 1 RPflG) – eine nicht unbedenkliche Regelung, weil bis zur Reform v 1976 der Rechtspfleger über die Bestätigung des Adoptionsvertrages zu entscheiden hatte (vgl § 1752 Rz 1). Das Fehlen eines Antrags als Verfahrensvoraussetzung führt nach § 1760 Abs 1 lediglich zur Aufhebbarkeit.

8 4. Geltendmachung der Unwirksamkeit

Ein besonderes Verfahren zur Feststellung der Unwirksamkeit eines Adoptionsbeschlusses ist im Ges nicht vorgesehen. Die Wirksamkeit der Adoption kann allerdings zum Gegenstand einer **Feststellungsklage** (Statusklage iS v § 640 Abs 2 Nr 1 ZPO) gemacht werden. Obwohl der nichtige Beschluß keinerlei Rechtswirkungen erzeugt und dies jederzeit geltend gemacht werden kann, ist es zum Zwecke der Klarstellung und zur Vermeidung von Mißbräuchen des unwirksamen Adoptionsdekrets geboten, die Beseitigung des durch den Beschluß erzeugten Rechtsscheins durch **formelle Aufhebung** zuzulassen, und zwar entweder im Aufhebungsverfahren (so SOERGEL-ROTH-STIELOW [11. Aufl] Rz 11) oder aber – trotz „Unanfechtbarkeit“ – durch die Beschwerdeinstanz (vgl auch BayObLGZ 1968, 228, 229 = NJW 1969, 195; KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 7 FGG Rz 28).

III. Verhältnis des Aufhebungsverfahrens zu anderen Verfahren

9 1. Verfassungsbeschwerde

Die Volladoption berührt – weil sie die familiäre Zuordnung des Angenommenen zu seiner natürlichen Familie beseitigt und die volle rechtl Integration in die Adoptivfamilie bewirkt – in hohem Maße **verfassungsrechtl geschützte Rechte der Beteiligten** (Art 6 GG). Das Ges schützt die in ihren Grundrechtspositionen am stärksten betroffenen Beteiligten dadurch, daß es die Adoption grds nicht gegen ihren Willen zuläßt (vgl §§ 1752 Abs 1, 1746 Abs 1, 1747 Abs 1 u 2 S 1, 1749 Abs 1 u 2). Durch die Antrags- bzw Einwilligungserfordernisse wird gleichzeitig auch die Wahrung ihres **Anspruchs auf rechtl Gehör (Art 103 Abs 1 GG)** im Adoptionsverfahren sichergestellt. Die Zustimmungserfordernisse, die ein Recht auf Anhörung einschließen, konkretisieren die Grundrechte aus Artt 6 u 103 Abs 1 GG im einfachen Recht (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 17). Der Umstand, daß das Ges das Annahmeverhältnis nicht gänzlich unauflösbar konzipiert hat, soll gerade auch diesen Grundrechten Rechnung tragen.

- 10 Steht die Aufhebung des Annahmeverhältnisses zur Diskussion, so ist zu beachten, daß auch die durch den Adoptionsbeschluß begründete **Adoptivfamilie durch Art 6 GG geschützt** wird (MAUNZ in: MAUNZ-DÜRIG, GG, Art 6 Rz 16; MünchKomm-LÜDERITZ vor § 1741 Rz 32 mNachw). Das Kind, dessen Grundrecht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit (vgl BVerfGE 24, 119, 144 = NJW 1968, 2233, 2235 = FamRZ 1968, 578, 584) durch die volle persönliche und rechtl Integration in die Adoptivfamilie Rechnung getragen werden soll, kann durch jede Störung der Kontinuität von Pflege und Erziehung, durch jede Verunsicherung in der familiären Geborgenheit in seinen Grundrechten aus Artt 1 Abs 1, 2 Abs 1 GG beeinträchtigt werden. Die in den §§ 1759 ff normierten Einschränkungen der Aufhebbarkeit finden also ihre Rechtfertigung in den von der Verfassung geschützten Rechten der Adoptivfamilie und insbes des Adoptivkindes. Sie sind das Ergebnis einer Abwägung, bei der dem Wohl des Adoptivkindes prinzipieller Vorrang eingeräumt wird (vgl BVerfG DA-Vorm 1988, 689, 691). Für die Annahme der „Verfassungswidrigkeit“ eines Adoptionsbeschlusses, die unabhängig von den Voraussetzungen der §§ 1759 ff zur Unwirksamkeit des Adoptionsdekrets führt (so ROTH-STIELOW Rz 5; SOERGEL-ROTH-STIELOW [11. Aufl] Rz 5), ist daher grds kein Raum (ebenso MünchKomm-LÜDERITZ Rz 17). Beteiligte, die sich durch das Adoptionsdekret in ihren Grundrechten verletzt sehen, sind – schon wegen des in § 90 Abs 2 BVerfGG normierten Gebots der Rechtswegerschöpfung – auf das Aufhebungsverfahren zu verweisen.

- 11 Besondere Probleme ergeben sich allerdings daraus, daß der Kreis der zur Beantragung der Aufhebung Berechtigten in § 1762 Abs 1 eng umgrenzt wird. Weder das

Fehlen einer nach § 1749 erforderlichen Einwilligung noch der nach § 1746 Abs 1 S 3 erforderlichen Zustimmung des gesetzl Vertreters berechtigen zur Aufhebung. Darüber hinaus geht der Kreis der materiell Beteiligten und daher im Adoptionsverfahren Anhörungsberechtigten über den Kreis der Zustimmungsberechtigten hinaus (zB Kinder des Annehmenden, nichtehel Vater; ausf dazu FRANK-WASSERMANN FamRZ 1988, 1248, 1249 sowie §§ 1745 Rz 22, 1747 Rz 14, 1752 Rz 15 ff). Weit überw wird die Auffassung vertreten, daß die in ihrem Grundrecht aus Art 103 Abs 1 GG verletzten materiell Beteiligten das Adoptionsdekret mittels **Verfassungsbeschwerde** angreifen können (BVerfG NJW 1988, 1963 = FamRZ 1988, 1247; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 204, 205; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 17; SOERGEL-LIERMANN Rz 5 u 10; BOSCH FamRZ 1986, 721, 722 f). Dies hätte aber die eigentümliche Konsequenz, daß die Verletzung des Anspruchs auf rechtl Gehör eines (lediglich) materiell Beteiligten mit strengeren Rechtsfolgen verbunden wäre als die nicht ordnungsgemäße Beteiligung eines Zustimmungsberechtigten, dessen fehlende Zustimmung nach dem Ges nur in sehr eingeschränktem Maße zur Aufhebung des Annahmeverhältnisses berechtigen soll (vgl insbes den Ausschluß der Aufhebbarkeit bei Kindeswohlgefährdung, § 1761 Abs 2 und die absolute Ausschlußfrist von 3 Jahren, § 1762 Abs 2 S 1).

Rechtsstaatliche Gesichtspunkte verbieten es, diesen Wertungswiderspruch unter **12** Hinw auf den abschließenden Charakter der gesetzl normierten Aufhebungsgründe aufzulösen und der Verletzung von Verfahrensrechten übergangener materiell Beteiligter jegliche Relevanz abzuspochen (für die generelle Unzulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde aber offenbar BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 10; KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 56 e FGG Rz 23). Die zT erwogene Lösung, § 56 e S 3 FGG im Wege verfassungskonformer Auslegung einzuschränken und dem Gericht die Befugnis zuzubilligen, auf Gegenvorstellung des übergangenen Beteiligten hin das rechtl Gehör nachträglich zu gewähren und – soweit erforderlich – den Adoptionsbeschluß entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmung abzuändern (so ERMAN-HOLZHAUER § 1752 Rz 16; BOSCH FamRZ 1986, 721, 723), vermag nicht zu überzeugen, da sie der unmißverständlichen Wertung des Ges widerspricht und den Einschränkungen der Aufhebbarkeit, die das Ges zum Wohle des Kindes normiert, nicht hinreichend Rechnung trägt. Vielmehr ist zu fordern, daß **im Verfahren der Verfassungsbeschwerde die gegenläufigen verfassungsrechtl geschützten Interessen des Angenommenen und eines in seinen Verfahrensgrundrechten Verletzten einer umfassenden Abwägung unterzogen werden**. Bei einer **Minderjährigenadoption** werden dabei die Bestandsinteressen des Angenommenen tendenziell überwiegen, ein Gesichtspunkt, dem einfachrechtl durch die §§ 1761 Abs 2, 1762 Abs 2 S 1 Rechnung getragen wird. Bei einer **Volljährigenadoption** hingegen besteht idR keine vergleichbare Schutzwürdigkeit des Angenommenen, so daß insoweit der Verstoß gegen Art 103 Abs 1 GG regelmäßig zur Aufhebung des Adoptionsdekrets führen wird (ausf zur Problematik der Verfassungsbeschwerde gegen einen Adoptionsbeschluß FRANK-WASSERMANN FamRZ 1988, 1248).

Führt die Verfassungsbeschwerde zur Aufhebung des Adoptionsbeschlusses, so hat **13** dies – wie vom BVerfG NJW 1988, 1963 = FamRZ 1988, 1247, 1248 erwogen – entgegen § 95 Abs 2 BVerfGG in entsprechender Anwendung des § 1764 Abs 1 S 1 nur **Wirkung für die Zukunft**, da die rückwirkende Beseitigung eines Statusverhältnisses kaum befriedigend zu lösende Rückabwicklungsprobleme nach sich zöge.

2. Wiederaufnahme des Verfahrens

14

In Anbetracht der speziellen gesetzl Regelung, die im Interesse des Kindeswohls die Aufhebbarkeit des Annahmeverhältnisses an eng umgrenzte Voraussetzungen

knüpft, ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens analog §§ 578 ff ZPO **ausgeschlossen** (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 18).

15 IV. Aufhebung und Beteiligteninteressen

Der Gesetzgeber hat mit dem Übergang zum Dekretsystem – abweichend vom früheren Recht, nach dem allerdings auch eine vormundschaftsgerichtl Genehmigung des Aufhebungsvertrags erforderlich war (§§ 1768, 1770, 1751 aF) – den Fortbestand des Annahmeverhältnisses **der Disposition der Beteiligten entzogen**, und zwar auch für die Zeit nach Eintritt der Volljährigkeit des Angenommenen (zu der besonderen Problematik, daß Adoptionen, die zu einem Minderjährigen begründet wurden, nach Erreichung der Volljährigkeit weder nach § 1763 noch nach § 1771 aufgehoben werden können, vgl § 1742 Rz 11 u § 1771 Rz 5). Dabei handelt es sich weniger um eine zwingende Konsequenz des Dekretsystems (so aber offenbar BT-Drucks 7/3061, 25; BAER-GROSS S 105) als vielmehr um eine rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5), das Annahmeverhältnis in einer dem genetischen Eltern-Kind-Verhältnis vergleichbaren Weise auszugestalten (GERNHUBER § 62 XI 2).

- 16** Das Ges sieht die Aufhebbarkeit des Annahmeverhältnisses nur in den Fällen der §§ 1760 und 1763 vor. Eine **Aufhebung allein im Interesse des Annehmenden ist nicht vorgesehen**. Rechtspolitisch ist diese Entscheidung des Gesetzgebers auf Widerspruch gestoßen. So wurde eingewandt, daß eine dem Wohl des Kindes dienende Adoption stets auch eine persönliche Akzeptanz und innere Bejahung erfordere, die ein nur vom Ges erzwungener Zusammenhalt nicht gewährleisten könne (ROTH-STIELOW Rz 7; vgl auch ZUR NIEDEN FamRZ 1956, 68, 69; für die Zulassung der Aufhebung im Interesse der Adoptiveltern in extremen Situationen STÖCKER FamRZ 1974, 568, 569). Zudem sei eine Aushöhlung des § 1763 zu befürchten, weil Adoptiveltern, die die Aufhebung des Annahmeverhältnisses erstrebten, sich verantwortungslos verhalten müßten, um so die Voraussetzungen für eine Aufhebung im Interesse des Kindes nach § 1763 zu schaffen (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5).
- 17** Daß der Fortbestand des Annahmeverhältnisses mitunter zu unerträglichen Belastungen für die Adoptiveltern führen kann (so zB bei schwer kriminellem Verhalten des Angenommenen gegenüber den Adoptiveltern), hat der Gesetzgeber nicht verkannt (vgl BT-Drucks 7/3061, 26f), sondern bewußt in Kauf genommen. Die rechtspolitische Entscheidung für die Unaufhebbarkeit in solchen Fällen ist auf der Grundlage des Prinzips der Volladoption nur konsequent. Ebenso wenig, wie leibl Eltern aufgrund unvorhergesehener schicksalhafter Entwicklungen die Bindung zu ihrem Kind lösen können, sollen sich Adoptiveltern der übernommenen Verantwortung entledigen können. **Die Entscheidung für das Kind ist stets eine bedingungslose**. Auftretenden Erziehungsschwierigkeiten läßt sich nur mit den Mitteln begegnen, wie sie auch im Hinblick auf leibl Kinder bestehen (für die generelle Beschränkung auf die allg Mittel des Kindschaftsrechts und auch gegen eine Aufhebbarkeit im Interesse des Kindes die AGJ-Stellungnahme MittAGJ 70 [1974] Beilage 6; Akademikerverbände FamRZ 1974, 170, 171). Allerdings ist nicht auszuschließen, daß im Einzelfall die Aufhebung einer Adoption, die für die Adoptiveltern zu einer schwerwiegenden Belastung geworden ist, gleichzeitig zum Wohl des Kindes erforderlich ist.
- 18** Das Ges sieht keine Möglichkeit zur Aufhebung im **Interesse der leibl Eltern** vor, die den Entschluß zur Adoption bereuen und ihre Elternrechte und -pflichten weiter

wahrnehmen wollen. Das Adoptionsverfahren bietet hinreichende Sicherungen gegen vorschnelle und unüberlegte Entschlüsse.

V. Aufhebungsverfahren

1. Zuständigkeit

19

Die **örtliche Zuständigkeit** für das Aufhebungsverfahren bestimmt sich nach § 43 b Abs 2 FGG. Zu den Angelegenheiten, die die Annahme des Kindes betreffen (vgl § 43 b Abs 1 FGG), gehört nach zutr Ansicht auch die Aufhebung der Annahme (KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 43 b FGG Rz 2 mNachw; BayObLGZ 1978, 258, 259 = FamRZ 1978, 944 = StAZ 1977, 66; nicht eindeutig BT-Drucks 7/5087, 23; aA PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2). Zuständig ist sonach das VormG, in dessen Bezirk der Annehmende oder einer der annehmenden Ehegatten seinen Wohnsitz hat. **Funktionell zuständig** ist der Richter (§ 14 Nr 3 f RPflG).

Zur **internationalen Zuständigkeit** s § 1752 Rz 8

2. Gang des Verfahrens

20

a) Soll das Annahmeverhältnis **nach § 1760** aufgehoben werden, so bedarf es zur Einleitung des Verfahrens des Antrags eines nach § 1762 Antragsberechtigten. Der **Antrag** kann nur innerhalb eines Jahres von den in § 1762 Abs 2 S 2 lit a–e genannten Zeitpunkten an gestellt werden, wenn seit der Annahme noch keine 3 Jahre verstrichen sind (§ 1762 Abs 2 S 1). Der Antrag bedarf der notariellen Beurkundung (§ 1762 Abs 3). Die Aufhebung **nach § 1763** erfolgt von Amts wegen. Die Einleitung des Verfahrens kann von jedermann angeregt werden (BayObLGZ 1979, 386, 388 = FamRZ 1980, 498, 499).

b) Verfahrensbeteiligte sind das Kind, der Annehmende sowie – im Falle des § 1760 **21** – der Antragsteller. Dem Kind, dessen gesetzl Vertreter der Annehmende ist, hat das VormG für das Aufhebungsverfahren einen Pfleger zu bestellen (§ 56 f Abs 2 FGG). Materiell Beteiligte sind darüber hinaus wegen § 1764 Abs 3 die leibl Eltern des ehel bzw die Mutter des nichtehel Kindes, sofern nicht das Annahmeverhältnis nur zu einem Ehegatten aufgehoben wird (s unten). Das JugA wird im Verfahren lediglich zu Auskunfts- und Gutachtenzwecken herangezogen (§ 49 Abs 1 Nr 1 m FGG); es wird dadurch nicht zum Verfahrensbeteiligten im materiellen Sinn (KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 56 f FGG Rz 15; BASSENGE-HERBST § 56 f FGG Anm 1 c; aA BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7). Über den Kreis der sonstigen Verfahrensbeteiligten besteht nur wenig Klarheit (vgl die zT unterschiedlichen Auffassungen von BASSENGE-HERBST § 56 f FGG Anm 1 b aa, KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 56 f FGG Rz 13, BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7, ERMAN-HOLZHAUER Rz 8). Da die Aufhebung des Annahmeverhältnisses als contrarius actus der Annahme die rechtl Zuordnung des Kindes ändert, sollten ähnliche Grundsätze gelten wie im Falle der Adoption selbst (vgl § 1752 Rz 14 ff). Insbes geht es wie bei der Adoption nicht an, allen Personen die Beteiligteigenschaft zuzuerkennen, zu denen Verwandtschaft zerschnitten oder Neubegründet wird. So sind zB die alten und neuen Großeltern grds nicht Beteiligte, weil ihre unterhalts-, erbrechtl oder sonstigen Interessen durch das AdoptG v 1976 erkennbar nicht geschützt werden (vgl §§ 1749 Rz 16 f u 1745 Rz 22). **Im einzelnen wird man differenzieren müssen:**

(1) Wird infolge der Aufhebung des Annahmeverhältnisses das Kind wieder rechtl seiner Ursprungsfamilie zugeordnet (§ 1764 Abs 3 u 4), so sind materiell beteiligt alle Personen, denen beim Zustandekommen der Adoption ein Einwilligungrecht

zustand. Das sind neben Annehmendem, Kind und Eltern des ehel bzw Mutter des nichtehel Kindes auch der Ehegatte des Annehmenden und des Anzunehmenden (§ 1749). Außerdem wird man denjenigen leibl Verwandten die Beteiligteigenenschaft zuerkennen müssen, die durch die Aufhebung unmittelbar in ihren Rechten betroffen werden, insbes dem Vater des nichtehel Kindes, ggf auch den Großeltern, die zB nach dem Tod der leibl Eltern nunmehr die volle Unterhaltslast zu tragen hätten. Hier ist die Rechtslage im Falle einer Aufhebung der Adoption eben doch eine andere als im Falle der Adoption selbst.

(2) Erfolgt die Aufhebung der Erstadoption nur, um eine Zweitadoption zu ermöglichen (§§ 1742, 1763 Abs 3 lit b), so sind zwar die Eltern des ehel und die Mutter des nichtehel Kindes schon deshalb materiell beteiligt, weil sie nach Aufhebung der Erstadoption wegen § 1764 Abs 3 in die Zweitadoption einwilligen müssen (vgl § 1742 Rz 10). Es besteht indessen kein Anlaß, weitere Personen aus der Ursprungsfamilie am Verfahren zu beteiligen, wenn die Aufhebung nur erfolgt, um eine erneute Annahme des Kindes durch Dritte zu ermöglichen.

(3) Wird bei der Annahme durch ein Ehepaar das Annahmeverhältnis nur zu einem Ehegatten aufgehoben, so werden Mitglieder der Ursprungsfamilie in ihren Rechten nicht betroffen (§ 1764 Abs 5); sie brauchen deshalb auch am Verfahren nicht beteiligt zu werden.

- 22 c) Die erforderlichen **Ermittlungen** hat das VormG **von Amts wegen** vorzunehmen (§ 12 FGG). Aus der Amtsermittlungspflicht kann sich im Einzelfall auch die Verpflichtung ergeben, materiell nicht Beteiligte (zB Adoptivverwandte) zu hören. Darüber hinaus bestimmt § 56f Abs 1 FGG, daß das Gericht die Sache in einem Termin erörtern soll, zu dem der Antragsteller, der Annehmende, das Kind und das JugA zu laden sind. Das Kind ist nach Maßgabe der §§ 55 c, 50 b Abs 1 FGG persönlich anzuhören. Die Ladung weiterer materiell Beteiligter ist nicht vorgeschrieben, doch sind diese – zur Wahrung ihres Anspruchs auf rechtl Gehör (Art 103 Abs 1 GG) – vom Verlauf des Termins zu unterrichten (KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 56f FGG Rz 15). Ist ein leibl Elternteil Antragsteller, so ist auch im Aufhebungsverfahren das Inkognito zu wahren. Antragsteller und Annehmender sind dann entgegen § 56f Abs 1 FGG nicht im selben Termin zu hören. Der **Zweck des Erörterungstermins** erschöpft sich nicht in einer umfassenden Sachaufklärung. Vielmehr sollen darüber hinaus Mißverständnisse zwischen den Beteiligten beseitigt und Gegensätze gemildert sowie insbes die Möglichkeit erörtert werden, inwieweit Mängel bei der Begründung des Annahmeverhältnisses geheilt werden können (BT-Drucks 7/3061, 59; 7/5087, 24).

23 3. Entscheidung und Rechtsmittel

Das Verfahren endet durch **Beschluß**. Wird die Aufhebung der Annahme ausgesprochen, so wird der Beschluß erst mit der Rechtskraft wirksam (§ 56f Abs 3 FGG). Gegen den Aufhebungsbeschluß ist das Rechtsmittel der **sofortigen Beschwerde** gegeben (§ 60 Abs 1 Nr 6 FGG). **Beschwerdeberechtigt** sind – soweit nicht Antragsteller – alle materiell Beteiligten (§ 20 Abs 1 FGG), auch der (frühere) Ehegatte des Annehmenden, wenn im Falle gemeinschaftlicher Annahme das Annahmeverhältnis nur zu einem der Annehmenden aufgehoben wurde (§ 1763 Abs 2; KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 56f FGG Rz 22; BayObLGZ 1968, 142, 143 = NJW 1968, 1528, 1529 = FamRZ 1968, 485). Der Aufhebungsbeschluß ist – da mit der Bekanntmachung die Beschwerdefrist zu laufen beginnt – allen materiell Beteiligten nach § 16 Abs 2 S 1 FGG zuzustellen (krit zur fehlenden Abgrenzung des Kreises der Beschwerdeberechtigten im Ges und der damit verbundenen Gefahr,

daß der Beschluß mangels Zustellung an einen Beschwerdeberechtigten nicht rechtskräftig wird, BASSENGE JR 1976, 187f). Das Kind kann, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat und nicht geschäftsunfähig ist, das Beschwerderecht nach § 59 Abs 1, 3 FGG selbst ausüben. Im übrigen übt der nach § 56f Abs 2 FGG bestellte Vertreter oder, falls nicht der Annehmende der gesetzl Vertreter des Kindes ist, letzterer für das Kind das Beschwerderecht aus.

Gegen die Zurückweisung des Antrags auf Aufhebung nach § 1760 steht dem **24** Antragsteller die **einfache Beschwerde** offen (§§ 19, 20 Abs 2 FGG). Wird auf die Beschwerde hin vom Landgericht die Aufhebung des Annahmeverhältnisses ausgesprochen, so findet gegen diesen Beschluß die sofortige weitere Beschwerde statt (§ 29 Abs 2 FGG).

Lehnt das Gericht im Verfahren nach § 1763 die Aufhebung des Annahmeverhältnisses ab, so ist das Kind nach § 20 Abs 1 FGG beschwerdeberechtigt, im übrigen nach § 57 Abs 1 Nr 9 FGG jeder, der ein berechtigtes Interesse an der Wahrnehmung der Angelegenheit hat. **25**

VI. Übergangsbestimmungen

26

Zur Aufhebbarkeit von Annahmeverhältnissen, die vor Inkrafttreten des AdoptG (1. 1. 1977) begründet wurden, vgl Art 12 §§ 1–3 AdoptG (Näheres Vorbem 49 ff zu § 1741).

§ 1760

Das Annahmeverhältnis kann auf Antrag vom Vormundschaftsgericht aufgehoben werden, wenn es ohne Antrag des Annehmenden, ohne die Einwilligung des Kindes oder ohne die erforderliche Einwilligung eines Elternteils begründet worden ist.

Der Antrag oder eine Einwilligung ist nur dann unwirksam, wenn der Erklärende

- a) zur Zeit der Erklärung sich im Zustand der Bewußtlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit befand, wenn der Antragsteller geschäftsunfähig war oder das geschäftsunfähige oder noch nicht vierzehn Jahre alte Kind die Einwilligung selbst erteilt hat,
- b) nicht gewußt hat, daß es sich um eine Annahme als Kind handelt, oder wenn er dies zwar gewußt hat, aber einen Annahmeantrag nicht hat stellen oder eine Einwilligung zur Annahme nicht hat abgeben wollen oder wenn sich der Annehmende in der Person des anzunehmenden Kindes oder wenn sich das anzunehmende Kind in der Person des Annehmenden geirrt hat,
- c) durch arglistige Täuschung über wesentliche Umstände zur Erklärung bestimmt worden ist,
- d) widerrechtlich durch Drohung zur Erklärung bestimmt worden ist,
- e) die Einwilligung vor Ablauf der in § 1747 Abs. 3 Satz 1 bestimmten Frist erteilt hat.

Die Aufhebung ist ausgeschlossen, wenn der Erklärende nach Wegfall der Geschäftsunfähigkeit, der Bewußtlosigkeit, der Störung der Geistestätigkeit, der durch die Drohung bestimmten Zwangslage, nach der Entdeckung des Irrtums oder nach Ablauf der in § 1747 Abs. 3 Satz 1 bestimmten Frist den Antrag oder die Einwilligung nachgeholt oder sonst zu erkennen gegeben hat, daß das Annahmeverhältnis aufrechterhalten werden soll. Die Vorschriften des § 1746 Abs. 1 Satz 2, 3 und des § 1750 Abs. 3 Satz 1, 2 sind entsprechend anzuwenden.

Die Aufhebung wegen arglistiger Täuschung über wesentliche Umstände ist ferner ausgeschlossen, wenn über Vermögensverhältnisse des Annehmenden oder des

Kindes getäuscht worden ist oder wenn die Täuschung ohne Wissen eines Antrags- oder Einwilligungsberechtigten von jemand verübt worden ist, der weder antrags- noch einwilligungsberechtigt noch zur Vermittlung der Annahme befugt war.

Ist beim Ausspruch der Annahme zu Unrecht angenommen worden, daß ein Elternteil zur Abgabe der Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt sei, so ist die Aufhebung ausgeschlossen, wenn der Elternteil die Einwilligung nachgeholt oder sonst zu erkennen gegeben hat, daß das Annahmeverhältnis aufrechterhalten werden soll. Die Vorschriften des § 1750 Abs. 3 Satz 1, 2 sind entsprechend anzuwenden.

BT-Drucks 7/3061, 24–27, 46–49, 76 f; BT-Drucks 7/5087, 7 f, 19–21.

Systematische Übersicht

- | | |
|---|--|
| <p>I. Normzweck und Entstehungsgeschichte</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Regelungsgegenstand 1 2. Rechtslage vor der Reform 2 3. Reformziel 3 <p>II. Fehlen von Antrag oder Einwilligung</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Grundregel 4 2. Zweifelsfälle 6 <p>III. Unwirksamkeit von Antrag oder Einwilligung</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Allgemeines 10 2. Geschäftsunfähigkeit (Abs 2 lit a) 13 3. Irrtum (Abs 2 lit b) 15 4. Arglistige Täuschung (Abs 2 lit c iVm Abs 4) 16 a) Allgemeines 16 b) Täuschung über Vermögensverhältnisse 17 | <ol style="list-style-type: none"> c) Täuschung über wesentliche Umstände 18 d) Der Täuschende 20 5. Drohung (Abs 2 lit d) 22 6. Nichtbeachtung der 8-Wochenfrist (Abs 2 lit e) 23 <p>IV. Nachholung fehlender oder unwirksamer Erklärungen 24</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Die Regelung des Abs 3 25 2. Die Regelung des Abs 5 29 3. Nachholung fehlender Erklärungen 30 <p>V. Aufhebung nach dem Tod eines Beteiligten 31</p> <p>VI. Verfahren 32</p> |
|---|--|

Alphabetische Übersicht

- | | |
|---|--|
| <p>Absicht zur Herstellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses, Täuschung über die 19</p> <p>Adoptionsvertrag, Nichtigkeit nach altem Recht 2 f</p> <p>Alkoholismus des Annehmenden, arglistige Täuschung über 19</p> <p>Arbeitsurlaubnis, Adoption zur Erlangung einer 11</p> <p>Aufhebungsantrag nach dem Tod eines Beteiligten 31</p> <p>Aufhebungsverfahren 32</p> <p>ausländisches Recht, fälschliche Anwendung 9</p> <p>Auslandsberührung, Adoption mit 9</p> <p>Bedingung, Erklärung unter unzulässiger 6, 8</p> <p>Bestätigung des Annahmewillens durch (schlüssiges) Verhalten 24 ff</p> | <p>Bewußtlosigkeit, Unwirksamkeit von Antrag oder Einwilligung wegen 13</p> <p>Dekretssystem 3</p> <p>Drohung 2, 22</p> <p>– Anfechtung des Adoptionsvertrags wegen 2 f</p> <p>– Unwirksamkeit von Antrag oder Einwilligung wegen 22</p> <p>Eigenschaftsirrtrum 3, 15</p> <p>Einwilligung 1 ff, 28</p> <p>– der Eltern, Fehlen der 1 f, 5, 28</p> <p>– der Mutter des nichtehelichen Kindes 1 f, 5</p> <p>– Fehlen der 1 f</p> <p>– Legitimation nach erklärter 5</p> <p>– des Ehegatten, Fehlen der 2 ff</p> <p>– des Kindes 1, 5</p> |
|---|--|

8. Titel. Annahme als Kind

- Fehlen der 1
- Widerruf der 5
- Entstehungsgeschichte 2 f, 6, 11, 21, 23, 30
- erbliche Belastung des Kindes, arglistige Täuschung über 19
- Erwachsenenadoption 11, 17, 19
- Fehlen von Antrag oder Einwilligung 4 ff, 24 ff
- Abgrenzung zur Mangelhaftigkeit 6 ff
- bei Abgabe unter unzulässiger Bedingung oder Zeitbestimmung 6, 8
- bei Nichtbeachtung der gebotenen Form 6 f
- bei unwirksamer Vertretung 6, 9
- Bestätigung der Annahmehereitschaft bei 24 ff
- Nachholung der Erklärung bei 24 ff, 28 ff
- Form, Nichtbeachtung der gebotenen 6 f, 26
- Frist, Einwilligung vor Ablauf der achtwöchigen 6, 23
- Identität des Vaters, arglistige Täuschung über die 19
- Inkognitoadoption 5, 15
- Irrtum 2 f, 15, 25
- Anfechtung des Adoptionsvertrags wegen -s 2 f
- Unwirksamkeit von Antrag oder Einwilligung wegen -s 15
- Krankheit des Annehmenden, arglistige Täuschung über eine 19
- Mangel von Antrag oder Einwilligung 6
- Minderjährigenadoption 11, 17
- Nachholung von Erklärungen 7, 24 ff, 28 ff
- Normzweck 1, 3, 30
- Prostitution der Mutter, arglistige Täuschung über 19
- Rechtslage vor 1976 2 f, 5, 7, 15, 23, 30
- Rücknahme von Antrag oder Einwilligung 5
- sexuelles Verhalten, arglistige Täuschung über abnormes des Annehmenden 19
- soziales Umfeld des Kindes, arglistige Täuschung über 19
- Steuervorteil, Adoption zur Erlangung eines -s 11
- Stiefkindadoption 15
- Störung der Geistestätigkeit, Unwirksamkeit von Erklärungen wegen 13
- Täuschender 20 f
- Täuschung, arglistige 2 f, 16 ff, 25
- Anfechtung des Adoptionsvertrags wegen 2 f
- Unwirksamkeit von Antrag oder Einwilligung wegen 16 ff
- Tod eines Beteiligten 31
- Unwirksamkeit von Antrag oder Einwilligung 4, 6, 10 ff
- wegen Bewußtlosigkeit oder Störung der Geistestätigkeit 13
- wegen Drohung 22
- wegen Fragwürdigkeit des Adoptionsmotivs 11
- wegen Geschäftsunfähigkeit 13
- wegen Irrtums 15
- wegen Nichtbeachtung der 8-Wochen-Frist 6, 23
- wegen Täuschung (siehe Täuschung, arglistige)
- wegen unwirksamer Selbsteinwilligung des Kindes 14
- wegen Verstoßes gegen §§ 134, 138 BGB 11
- Vermögensverhältnisse, arglistige Täuschung über 17
- Vertragssystem 2 f
- Vertretungsverbot 6, 9, 28 f
- Nichtbeachtung eines -s 6, 9
- Volljährigenadoption 11, 17, 19
- wesentlicher Umstand, arglistige Täuschung über einen 17 ff
- Zeitbestimmung, Erklärung unter unzulässiger 6, 8
- Zugehörigkeit zu einer Glaubensgemeinschaft, Täuschung über die 19
- Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, Fehlen der 3 f

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1. Regelungsgegenstand

1

§ 1760 sieht die Aufhebung eines Annahmeverhältnisses bei gravierenden Begründungsmängeln vor. **Gravierende Begründungsmängel** iS v § 1760 liegen vor, wenn beim Zustandekommen der Adoption die Mitwirkungsrechte des Annehmenden

(Antrag gem § 1752), des Anzunehmenden (Einwilligung nach § 1746) oder der Eltern des ehel bzw der Mutter des nichtehel Kindes (Einwilligung nach § 1747) nicht beachtet wurden. Trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 1760 wird die Aufhebbarkeit des Annahmeverhältnisses durch die §§ 1761, 1762 erheblich eingeschränkt.

2 2. Rechtslage vor der Reform

Eine dem heutigen § 1760 entsprechende Regelung war dem BGB vor der Reform des Adoptionsrechts fremd. Das bis 1976 geltende **Vertragssystem** verlangte für das wirksame Zustandekommen eines Adoptionsvertrags nicht nur die vertraglichen Erklärungen von Annehmendem und Anzunehmendem (§ 1741 S 1 aF), sondern auch die Einwilligung der Eltern des ehel bzw der Mutter des nichtehel Kindes (§ 1747 aF) sowie die Einwilligung des Ehegatten des Annehmenden und des Anzunehmenden (§ 1746 aF). Fehlte eine dieser Erklärungen von vornherein oder wurde sie später nach allg rechtsgeschäftlichen Grundsätzen wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung angefochten, so war der **Adoptionsvertrag nichtig** (Voraufll § 1754 Rz 15–29 iVm § 1756 Rz 1, § 1755 Rz 22, 23). Die nachfolgende gerichtl Bestätigung (§ 1741 S 2 aF) änderte an dieser Nichtigkeit nichts (Voraufll § 1756 Rz 11). Auf die Nichtigkeit konnte sich jedermann in jedem Verfahren berufen (Voraufll § 1755 Rz 26). Nur für einige wenige leichtere Mängel sah § 1756 aF eine Heilung des Adoptionsvertrags durch nachfolgende gerichtl Bestätigung vor (Voraufll Rz 11 f). Auf Mängel dieser Art bezog sich der besondere Aufhebungstatbestand des § 1770 b aF, der wegen seines engen Anwendungsbereichs „nur geringe praktische Bedeutung hatte“ (Voraufll Rz 1).

3 3. Reformziel

Ein wesentliches Anliegen der Adoptionsrechtsreform war es, **dem Annahmeverhältnis verstärkten Bestandsschutz** zu verleihen (Nachw § 1759 Rz 2). Nach dem Übergang vom Vertrags- zum Dekretsystem führen selbst gravierende Begründungsmängel wie die Nichtbeachtung von Mitwirkungsrechten der leibl Eltern, des Kindes oder des Annehmenden nicht mehr zur Nichtigkeit, sondern nur zur Aufhebbarkeit des Annahmeverhältnisses mit Wirkung für die Zukunft (§§ 1760, 1764). Außerdem wurde die Möglichkeit, ein fehlerhaft zustande gekommenes Annahmeverhältnis aufzuheben, im Vergleich zu den Nichtigkeits- und Aufhebungsgründen vor der Reform erheblich eingeschränkt. So wirkt sich nach § 1760 Abs 1 weder das Fehlen der Einwilligung des Ehegatten (§ 1749) noch das Fehlen der Zustimmung des gesetzl Vertreters (§ 1746 Abs 1 S 3 HS 2) auf den Fortbestand der Adoption aus. Soweit die Adoption wegen der Verletzung von Mitwirkungsrechten überhaupt aufgehoben werden kann, regelt § 1760 Abs 2 detailliert, unter welchen Voraussetzungen die erforderlichen Erklärungen als unwirksam anzusehen sind. Dabei bleiben manche Mängel, die vor der Reform noch zur Nichtigkeit der Adoption geführt hatten (zB Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums), folgenlos. Sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Annahmeverhältnisses an sich gegeben, so schränken §§ 1760 Abs 3–5, 1761 die Aufhebungsmöglichkeit wieder erheblich ein, und § 1761 Abs 2 räumt im Spannungsverhältnis zwischen den Aufhebungsinteressen des übergangenen Mitwirkungsberechtigten und den Interessen des Kindes an der Aufrechterhaltung der Adoption den letzteren den Vorrang ein. Schließlich trägt auch § 1762 mit der Einschränkung des Antragsrechts und den kurzen Aufhebungsfristen dazu bei, die Stabilität fehlerhaft zustande gekommener Adoptionen zu fördern.

II. Fehlen von Antrag oder Einwilligung

1. Grundregel

4

§ 1760 nennt zwei Aufhebungstatbestände, das **Fehlen** der in Abs 1 genannten Erklärungen und deren **Unwirksamkeit** (Abs 2). Da diese beiden Aufhebungstatbestände vom Ges abschließend normiert sind, führt das Fehlen (oder die Unwirksamkeit) von Einwilligungserklärungen sonstiger Beteiligten nicht zur Aufhebbarkeit des Annahmeverhältnisses. Die fehlende Einwilligung des Ehegatten des Annehmenden oder des Anzunehmenden (§ 1749) stellt deshalb den Fortbestand der Adoption ebensowenig in Frage wie die fehlende Zustimmung des gesetzl Vertreters des Kindes nach § 1746 Abs 1 S 3 HS 2.

Eine Erklärung iS v Abs 1 fehlt, wenn sie überhaupt **nicht abgegeben** wurde oder **5 den Adressaten nicht erreicht** hat (vgl aber § 1750 Rz 6 ff). Ein Antrag fehlt auch dann, wenn er (formlos) vor der Zustellung des Annahmebeschlusses **zurückgenommen** wurde (vgl § 1752 Rz 5 ff). Entsprechendes gilt, wenn das über 14 Jahre alte Kind die Einwilligung gem § 1746 Abs 2 **widerrufen** hat. Die erforderliche Einwilligung eines Elternteils fehlt, wenn **zu Unrecht angenommen** wurde, **daß dieser zur Abgabe einer Erklärung außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist** (§ 1747 Abs 4). Daß auch dieser Fall von Abs 1 erfaßt sein soll, ergibt sich aus Abs 5. Außerdem hatte schon das alte Recht insoweit die Möglichkeit einer Aufhebung des Annahmeverhältnisses vorgesehen (§§ 1770 b iVm § 1756 Abs 2 aF). Abs 1 greift auch ein, wenn sich bei einer Inkognito-Adoption die Einwilligung auf die unter einer bestimmten Nummer bei der Adoptionsvermittlungsstelle geführten Adoptiveltern bezogen hatte (vgl § 1747 Rz 25), später aber die **Namen der Adoptionsbewerber ausgetauscht** wurden; denn wegen des Verbots der Blankoeinwilligung (§ 1747 Abs 3 S 2) kann sich die Einwilligung nur auf bereits feststehende Adoptionsbewerber beziehen. Unter Abs 1 fällt auch, wenn die Mutter eines nichtehel Kindes den Vater noch vor der Adoption, aber nachdem sie die Einwilligung erklärt hat, heiratet, so daß diesem wegen der **Legitimation** des Kindes (§ 1719) ein Einwilligungsrecht nach § 1747 Abs 1 erwächst (§ 1747 Rz 16), was aber vor dem Ausspruch der Annahme nicht mehr bemerkt wird.

2. Zweifelsfälle

6

Der Anwendungsbereich des Abs 1 ist teilweise umstr, weil es zweifelhaft sein kann, ob eine der dort genannten Erklärungen völlig fehlt oder lediglich mit Mängeln behaftet ist, die nur unter den Voraussetzungen des Abs 2 zur Unwirksamkeitserklärung führen. So bedürfen Antrag und Einwilligung der notariellen Beurkundung (§§ 1752 Abs 2 S 2, 1750 Abs 1 S 2). Wurde die Form nicht beachtet, so fragt es sich, ob die Erklärung iS v Abs 1 völlig fehlt, oder ob sie vorliegt, ohne daß sich der Mangel wegen der abschließenden Regelung der Unwirksamkeitsgründe in Abs 2 auf die Bestandskraft des Annahmeverhältnisses auswirkt. Ähnliche Fragen stellen sich, wenn die Erklärung unter Mißachtung des Vertretungsverbots (§§ 1750 Abs 3 S 1, 1752 Abs 2 S 1) oder unter einer unzulässigen Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgte (§§ 1750 Abs 2 S 1, 1752 Abs 2 S 1). Die Entstehungsgeschichte gibt hinsichtlich dieser Problematik keinen Aufschluß. Naheliegend dürfte eine Interpretation v Abs 1 dahingehend sein, daß diese Bestimmung eine Erklärung voraussetzt, die den spezifischen adoptionsrechtl Anforderungen der §§ 1750, 1752 genügt, während Abs 2 regelt, welche allg Mängel rechtsgeschäftlicher Erklärungen (Geschäftsfähigkeit, Anfechtbarkeit usw) geeignet sind, den Fortbestand des Annahmeverhältnisses in Frage zu stellen. Gegen diese Interpretation spricht allerdings, daß in Abs 2 lit e bestimmt ist, daß eine vor Ablauf der 8-Wochenfrist (§ 1747 Abs 3

S 1) erklärte Einwilligung unwirksam ist, obwohl nach der hier vertretenen Ansicht das gleiche Ergebnis bereits zwingend aus Abs 1 abzuleiten wäre. Dabei ist jedoch zu beachten, daß der RegE (BT-Drucks 7/3061, 7, 48) noch von einer Unwirksamkeit dieser Erklärung nach Abs 1 ausgegangen war, wie sich aus dem Wortlaut des ursprüngl vorgesehenen Abs 4 S 1 ergibt. Abs 2 lit e wurde erst auf Antrag des RAussch (BT-Drucks 7/5087, 19, 38 f) – überflüssigerweise – in den Gesetzestext aufgenommen, um eine sachliche Änderung gegenüber dem RegE zu verdeutlichen.

7 Im einzelnen gilt:

Eine Einwilligungserklärung iS v Abs 1 liegt nur vor, wenn sie unter **Beachtung der Form des § 1750 Abs 1 S 2** wirksam wurde (so auch BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 2; SOERGEL-LIERMANN Rz 4; **aA** BEITZKE § 33 VI 1; ERMAN-HOLZHAUER Rz 4; MünchKomm-LÜDERITZ § 1750 Rz 15 u § 1760 Fn 4). Gleiches muß entgegen BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 2 u SOERGEL-LIERMANN Rz 4 auch für den Antrag nach § 1752 gelten, da auch dieser eine materiellrechtl Erklärung mitbeinhaltet, die sich qualitativ nicht von der Einwilligungserklärung des Kindes und der Eltern unterscheidet (Näheres § 1752 Rz 4). Daß die Möglichkeit der Heilung des Formmangels im Gesetz nicht vorgesehen ist, spricht nicht gegen die hier vertretene Lösung, weil die *Nachholung* fehlender Erklärungen iS v Abs 1 von der hM generell befürwortet wird, ohne daß der Gesetzestext diese Möglichkeit ausdrücklich nennt (s unten Rz 30). Allerdings waren nach altem Recht (§ 1756 Abs 1 aF) Formmängel durch die gerichtl Bestätigung des Adoptionsvertrags *geheilt* worden. Dieser überraschende Unterschied dürfte jedoch in Anbetracht der Heilungsmöglichkeit nach Abs 5 und der Schutzbestimmungen der §§ 1761/1762 praktisch kaum ins Gewicht fallen. Im übrigen ist die Aufhebung von Annahmeverhältnissen durch die Reform v 1976 nicht nur erschwert, sondern im Falle von Abs 2 lit e auch erleichtert worden (vgl unten Rz 23).

8 Einwilligungen unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung (§ 1750 Abs 2 S 1) sind keine Einwilligungen iS v Abs 1 (SOERGEL-LIERMANN Rz 4; **aA** ERMAN-HOLZHAUER § 1750 Rz 5; MünchKomm-LÜDERITZ § 1750 Rz 15). Entsprechendes gilt für einen entgegen § 1752 Abs 2 S 1 gestellten Antrag (**aA** BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 2; SOERGEL-LIERMANN Rz 4). Bei richtiger Unterscheidung zwischen unzulässigen Bedingungen und zulässigen Beschränkungen der Einwilligung (§ 1750 Rz 10f) dürften sich jedoch kaum Probleme für die Praxis ergeben.

9 Wurde die Erklärung von einem **Vertreter ohne Vertretungsmacht** abgegeben, so fehlt es an der erforderlichen Erklärung iS v Abs 1 (allgM; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 4 u 5; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 2). Denkbar sind insbes Fälle, in denen für das Kind nicht der richtige gesetzl Vertreter handelte. Eine Erklärung iS v Abs 1 fehlt auch dann, wenn die Einwilligung entgegen § 1750 Abs 3 S 1 von einem **gewillkürten Stellvertreter** erklärt wurde (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 2; SOERGEL-LIERMANN Rz 4; **aA** ERMAN-HOLZHAUER Rz 3; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 4). Entsprechendes gilt für den Antrag gem § 1752 Abs 2 S 1 (**aA** SOERGEL-LIERMANN Rz 4). Fälle dieser Art dürften in der Praxis selten sein, möglicherweise aber dann vorkommen, wenn auf eine Adoption mit Auslandsberührung entgegen Art 22 EGBGB fälschlich ausländisches Recht angewandt wurde.

III. Unwirksamkeit von Antrag oder Einwilligung

10 1. Allgemeines

Außer dem Fehlen der in Abs 1 genannten Erklärungen stellt auch deren Unwirksamkeit einen Aufhebungsgrund dar. Abs 2 schränkt allerdings in Anlehnung an die

Regelungen über die Aufhebbarkeit einer Ehe (§§ 30 ff EheG) die Relevanz der allg Vorschriften über Willensmängel ein (BT-Drucks 7/3061, 26).

Die **Unwirksamkeitsgründe** werden in **Abs 2 abschließend** aufgeführt (vgl zur **11** Entstehungsgeschichte BT-Drucks 7/3061, 26, 47; BT-Drucks 7/5087, 7f). Insbes können die Erklärungen der in Abs 1 genannten Personen nicht an den §§ 134, 138 gemessen werden. Abs 2 darf auch nicht dahingehend interpretiert werden, daß diese Bestimmung nur die Anfechtung von Willensmängeln habe ausschließen wollen, ohne die Anwendbarkeit des § 138 in Frage zu stellen (so aber OLG Köln NJW 1980, 63 m Anm LÜDERITZ 1087; **aA** BGHZ 103, 12, 17 = NJW 1988, 1139, 1140 = FamRZ 1988, 390, 391 f; KG [Vorlagebeschluß] NJW-RR 1987, 777, 778 f = FamRZ 1987, 635, 637 mwNachw; BEITZKE § 33 VI 1; GERNHUBER § 62 XII 1; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 3; ERMAN-HOLZHAUER Rz 4). Die Absicht, nur Steuervorteile oder eine Arbeits- oder Aufenthaltserlaubnis zu erlangen, ohne ein Eltern-Kind-Verhältnis zu begründen, tangiert deshalb unter dem besonderen Aspekt des § 1760 nicht die Bestandskraft einer dennoch zustande gekommenen Minderjährigen- oder Volljährigenadoption (vgl § 1771 S 2). In Betracht kommt nur eine Aufhebung nach § 1763 bzw § 1771 S 1.

Der Umstand, daß in Abs 2 die Relevanz von Willensmängeln im Hinblick auf die **12** Aufhebung eines Annahmeverhältnisses eingeschränkt wird, nötigt nicht zu dem Schluß, daß auch die **Wirksamkeit einer (bindend gewordenen) Einwilligungserklärung vor der Adoption** an § 1760 Abs 2 gemessen wird. Vielmehr ist in einem solchen Fall die Wirksamkeit der Erklärung uneingeschränkt nach den allg Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu beurteilen (näher dazu § 1750 Rz 6 ff). Über die Wirksamkeit der Erklärung kann vorab in einem selbständigen Verfahren entschieden werden (§ 1752 Rz 21).

2. Geschäftsunfähigkeit (Abs 2 lit a)

13

Var 1 v lit a (**Erklärender befindet sich im Zustand der Bewußtlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit**) ist § 18 EheG nachgebildet (BT-Drucks 7/3061, 47) und entspricht § 105 Abs 2 BGB. Auf die dortigen Erläuterungen wird verwiesen. Die Unwirksamkeit der Erklärung nach dieser Bestimmung wurde geltend gemacht in LG Duisburg DAVorm 1980, 227 u AG Hamburg ZfJ 1985, 422.

Var 2 v lit a (**Antragsteller ist geschäftsunfähig**) entspricht § 105 Abs 1 iVm § 104. Der Fall der Geschäftsunfähigkeit eines Elternteils brauchte wegen § 1747 Abs 4 nicht geregelt zu werden.

Var 3 (**geschäftsunfähiges oder noch nicht 14 Jahre altes Kind erklärt die Einwilli- 14 gung selbst**) wurde auf Vorschlag des BR (BT-Drucks 7/3061, 76 Nr 13) in das Ges aufgenommen. Dem fehlenden gesetzl Vertreter ist der geschäftsunfähige gleichzustellen (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; ERMAN-HOLZHAUER Rz 7; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 11). Wenn im RegE (BT-Drucks 7/3061, 47 Nr 3; ebenso PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2; SOERGEL-LIERMANN Rz 6) die Auffassung vertreten wird, daß die Geschäftsunfähigkeit des gesetzl Vertreters keinen Aufhebungsgrund darstelle, so überzeugt die Argumentation nicht, weil zwischen fehlender Vertretung und Vertretung durch einen Geschäftsunfähigen schwerlich differenziert werden kann.

3. Irrtum (Abs 2 lit b)

15

Abs 2 lit b ist § 31 Abs 1 EheG nachgebildet (BT-Drucks 7/3061, 47) und stellt, was die Beachtlichkeit von Irrtümern anbelangt, eine Sonderregelung gegenüber § 119

dar. Var 1 betrifft den Fall, daß der Erklärende nicht gewußt hat, daß es sich um eine Annahme als Kind handelt (= **Inhaltsirrtum**); vgl dazu AG Hamburg ZfJ 1985, 422, eine Entscheidung, in der der annehmende Stiefvater vorgab, er habe die Adoption für einen bloßen Akt der Namensgebung gehalten. Var 2 regelt den Fall, daß der Annehmende zwar wußte, daß es sich um eine Annahme handelte, aber einen Annahmeantrag nicht stellen oder eine Einwilligung zur Annahme nicht abgeben wollte (= **Erklärungsirrtum**). Var 3 schließlich regelt den **Identitätsirrtum** sowohl des Annehmenden über die Person des Anzunehmenden als auch umgekehrt des Anzunehmenden (bzw des gesetzl Vertreters, vgl BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6) über die Person des Annehmenden. Fälle dieser Art sind selbst bei einer Inkognito-Adoption kaum vorstellbar. Adoptiert ein Mann sein vermeintlich nicht-eheh Kind und stellt sich später heraus, daß er nicht der Vater ist, so liegt kein Identitätsirrtum, sondern ein unbeachtlicher Eigenschaftsirrtum vor (SOERGEL-LIERMANN Rz 7). Die eigentliche Bedeutung v Abs 2 lit b liegt darin, daß ein **Eigenschaftsirrtum** (zB über angeborenen Schwachsinn, auf frühkindlicher Hirnschädigung beruhende Psychopathie usw) entgegen der Rechtslage vor der Reform (VoraufI § 1755 Rz 5 ff) nunmehr unbeachtlich ist (vgl BT-Drucks 7/3061, 26 unter 6 d, 47 zu Abs 2 unter Nr 4).

4. Arglistige Täuschung (Abs 2 lit c iVm Abs 4)

16 a) Allgemeines

Abs 2 lit c ist der Regelung des § 33 EheG nachgebildet (BT-Drucks 7/3061, 47). Der Begriff der arglistigen Täuschung entspricht dem in § 123. In Abs 4 wird die Aufhebbarkeit des Annahmeverhältnisses wegen arglistiger Täuschung eingeschränkt und präzisiert. Abs 4 wäre besser in unmittelbarem Zusammenhang mit Abs 2 lit c geregelt worden, wie es noch im RegE (BT-Drucks 7/3061, 7 f, 47) vorgesehen war.

17 b) Täuschung über Vermögensverhältnisse

Abs 4 schränkt den Anwendungsbereich v Abs 2 lit c von vornherein dadurch ein, daß arglistige **Täuschungen über Vermögensverhältnisse** des Annehmenden oder des Anzunehmenden für unbeachtlich erklärt werden. Auf diese auch in § 33 Abs 3 EheG enthaltene Regelung hätte man verzichten können, weil Abs 2 c ohnehin nur Täuschungen über *wesentliche* Umstände (s dazu Rz 18 f) für beachtlich erklärt. Die Frage, ob in Einzelfällen die Täuschung über Vermögensverhältnisse nicht doch Beachtung verdient (zB bei der Volljährigenadoption oder bei der Minderjährigenadoption, wenn der Annehmende kaum in der Lage ist, für den Unterhalt des Kindes aufzukommen), hätte man besser der Klärung durch die Rspr überlassen (krit auch ERMAN-HOLZHAUER Rz 10).

18 c) Täuschung über wesentliche Umstände

Die entscheidende Frage bei Abs 2 lit c ist, wann eine **Täuschung über wesentliche Umstände** vorliegt. Ob ein Umstand wesentlich ist oder nicht, kann nicht subjektiv nach den Vorstellungen des Erklärenden bestimmt werden (so aber BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7). Ansonsten hätte der Gesetzgeber – wie in § 123 Abs 1 – auf dieses zusätzliche Tatbestandsmerkmal verzichten können. Auch in der Gesetzesbegründung (BT-Drucks 7/3061, 47 zu Abs 2 unter Nr 5) heißt es deutlich: „Unbeachtlich sollen Umstände sein, die für die Annahme“ (nicht für den Annehmenden!) „nicht wesentlich sind“. Der Umstand, daß die Adoption – ebenso wie die Ehe-

schließung – Rechtsbeziehungen im personalen Bereich schafft, gebietet es indes- sen, bei Umständen, über deren Wesentlichkeit Zweifel möglich sind, auf die Vorstellungen des Erklärenden verstärkt Rücksicht zu nehmen.

Wird bei der Vermittlung den Adoptionsbewerbern verschwiegen, daß die **Kindes-** **19**
mutter eine Prostituierte ist, so liegt ein Aufhebungsgrund vor, wenn dieser Umstand trotz entsprechender Nachfrage nicht mitgeteilt wird, um das Zustandekommen der Annahme nicht zu gefährden. „Wesentlich“ ist hier der Umstand wegen des erhöhten Gesundheitsrisikos auf seiten des Kindes. Ähnlich ist die Rechtslage, wenn **wahrheitswidrige Angaben über die Person des Vaters** (aA MünchKomm-LÜDERITZ Rz 13) gemacht werden, obwohl die Adoptionsbewerber aus gesundheitlichen Gründen auf diese Information entscheidenden Wert legen und nur ein Kind adoptieren wollen, dessen Vater bekannt ist (wenn auch nicht gerichth festgestellt wurde). Insges wird man als wesentlich alle diejenigen Umstände ansehen müssen, die hinreichend deutlichen Aufschluß über Gesundheit und geistigen Entwicklungszustand des Kindes geben. Die Abstammung kann insofern erheblich sein, als eine **erbliche Belastung** in Betracht kommt. **Täuschungen über das soziale Umfeld des Kindes** sind unwesentlich. – Abs 2 lit c greift auch dann ein, wenn nicht die Annehmenden, sondern die leibl Eltern oder das Kind über wesentliche Umstände getäuscht werden. Als derartige Umstände kommen auf seiten des Annehmenden ua **Alkoholismus, abnormes sexuelles Verhalten, Krankheiten**, die eine Unfähigkeit zur Erziehung und Betreuung des Kindes zur Folge haben, in Betracht. Eine Täuschung der leibl Eltern liegt auch vor, wenn ihr Anliegen, daß die Annehmenden nur **einer bestimmten Glaubensgemeinschaft angehören** dürfen, von der Adoptionsvermittlungsstelle mißachtet wird (OBERLOSKAMP 203; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 13). War die notariell beurkundete Einwilligung entsprechend beschränkt worden (vgl § 1747 Rz 24), so liegt bereits nach Abs 1 die erforderliche Erklärung nicht vor. – Fehlt es bei einer Volljährigenadoption an der **Absicht, ein echtes Eltern-Kind-Verhältnis herzustellen**, so kommt eine Aufhebung nach § 1771 S 2 iVm § 1760 Abs 2 lit c nicht in Betracht, solange nur Dritte (nicht einer der Erklärenden) getäuscht werden (vgl BGHZ 103, 12, 16 f = NJW 1988, 1139, 1140 = FamRZ 1988, 390, 391; KG [Vorlagebeschluß] NJW-RR 1987, 777, 778 = FamRZ 1987, 635). Hatte es jedoch der Angenommene gegenüber dem Annehmenden nur darauf angelegt, ein gesetzl Erbrecht zu erlangen, ohne ein Eltern-Kind-Verhältnis herstellen zu wollen, so liegt ein Aufhebungsgrund nach Abs 2 lit c vor (OLG Frankfurt OLGZ 1982, 421, 422 = FamRZ 1982, 1241, 1242).

d) Der Täuschende

20

Abs 2 lit c iVm Abs 1 schützt den Annehmenden, das Kind und die leibl Eltern vor einer arglistigen Täuschung. **Relevant ist die Täuschung** nach Abs 4 aber **nur**, wenn sie entweder von einem Antrags- oder Einwilligungsberechtigten oder zur Vermittlung der Annahme Befugten ausgeht, oder wenn sie zwar von einem Dritten ausgeht, aber mit Wissen eines Antrags- oder Einwilligungsberechtigten erfolgt. Relevant ist die Täuschung durch jede einwilligungsberechtigte Person, also auch durch den einwilligungsberechtigten Ehegatten des Annehmenden oder des Kindes (§ 1749), obwohl diese nicht zu den aufhebungsberechtigten Personen nach Abs 1 gehören (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 8; ERMAN-HOLZHAUER Rz 9; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 13). Entsprechend schadet auch ihre Mitwisserschaft im Falle einer Täuschung durch einen Dritten. Nicht zum Kreis der einwilligungsberechtigten Personen zählt der gesetzl Vertreter des über 14 Jahre alten, nicht geschäftsunfähigen Kindes; er ist nur zustimmungsberechtigt. Handelt für das noch nicht 14 Jahre

alte Kind sein gesetzl Vertreter, so ist die durch ihn erfolgte Täuschung ebenso rechtserheblich wie seine Mitwisserschaft.

- 21 Zur Vermittlung der Annahme befugt** sind die im AdoptVermG in den §§ 2, 3, 5 ausgewiesenen Stellen. Die Erheblichkeit von Täuschungen durch Personen, die zur Vermittlung befugt sind, wurde erst auf Anregung des RAussch (BT-Drucks 7/5087, 19) in das Ges aufgenommen. Wer sich hingegen auf die Erklärung von Personen verläßt, die zur Adoptionsvermittlung nicht befugt sind, verdient keinen Schutz (BT-Drucks 7/5087, 19; **aA** mit einem seltsamen Schluß „a maiore ad minus“ MASSFELLER-BÖHMER Anm 5). Gerechtfertigt erscheint es jedoch, über den Wortlaut des Abs 4 hinaus auch das Wissen der mit der Adoption betrauten Stelle um die Täuschung durch einen Dritten für erheblich zu erachten (so auch BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 8; ERMAN-HOLZHAUER Rz 9).

22 5. Drohung (Abs 2 lit d)

Abs 2 lit d lehnt sich an § 34 Abs 1 EheG an. Zum Begriff der widerrechtl Drohung vgl § 123 Abs 1. Für die Anwendbarkeit des Abs 2 lit d ist unwesentlich, wer den Erklärenden bedroht hat. Es genügt die widerrechtl Drohung durch eine Person, die in keinerlei rechtl Beziehung zum Annahmevergange steht.

Zur Drohung des Ehemannes, „es passiere etwas“, wenn ein nicht von ihm gezeugtes Kind der Ehefrau nicht aus der Familie entfernt werde, vgl OLG Frankfurt FamRZ 1981, 206, 207. Nach BGHZ 2, 287, 295 ff = NJW 1951, 643, 644 f = LM § 1747 Nr 1 ist die Drohung der Eltern gegenüber der erwachsenen Tochter, sie aus der Familiengemeinschaft auszuschließen, wenn sie das zu erwartende nichtehel Kind nicht zur Adoption freigibt, nicht widerrechtlich. Da die Eltern zum Unterhalt nur durch Entrichtung einer Geldrente verpflichtet sind (§ 1612 Abs 1), ist die Entscheidung auch heute noch richtig (**aA** MünchKomm-LÜDERITZ Rz 14). Verweigerte Hilfe ist keine widerrechtl Drohung.

23 6. Nichtbeachtung der 8-Wochenfrist (Abs 2 lit e)

Nach Abs 2 lit e ist die Einwilligung eines Elternteils unwirksam, wenn sie vor Ablauf der 8-Wochenfrist des § 1747 Abs 3 S 1 erteilt wurde. Nach altem Recht hatte ein Verstoß gegen die damals noch geltende 3-Monatsfrist (§ 1747 Abs 2 aF) keinen Aufhebungsgrund dargestellt (§ 1756 Abs 1 aF). Den gleichen Standpunkt nahm zunächst auch der RegE in § 1760 Abs 4 ein (BT-Drucks 7/3061, 7), bis die nunmehr geltende Regelung auf Antrag des RAussch (BT-Drucks 7/5087, 19) Ges wurde. Abs 2 lit e hat nur klarstellende Funktion, weil eine den speziellen adoptionsrechtl Vorschriften zuwider erfolgte Erklärung keine Erklärung iS v Abs 1 darstellt (s oben Rz 6).

24 IV. Nachholung fehlender oder unwirksamer Erklärungen

Abs 3 u 5 enthalten Ausschlußgründe für eine nach Abs 1 u 2 an sich mögliche Aufhebung des Annahmeverhältnisses. Der Gesetzgeber ging bei diesen Regelungen davon aus, daß die Entstehungsmängel nach Abs 1 u 2 geheilt werden, wenn die fehlenden oder unwirksamen Erklärungen nachgeholt werden oder der Betroffene sonst zu erkennen gibt, daß das Annahmeverhältnis aufrecht erhalten werden soll (vgl BT-Drucks 7/3061, 47 u BT-Drucks 7/5087, 19 f).

1. Die Regelung des Abs 3

25

Abs 3 bezieht sich auf die in Abs 2 lit a–e genannten Mängel, auch auf den nicht besonders hervorgehobenen Fall der arglistigen Täuschung, weil diese zu einem Irrtum geführt hat, der in Abs 3 genannt wird. Die Regelung des Abs 3 lehnt sich an die entsprechenden Bestimmungen der §§ 30 Abs 2, 31 Abs 2, 32 Abs 2, 33 Abs 2, 34 Abs 2 EheG an.

Die **Nachholung der Erklärung** setzt voraus, daß diese in der vorgeschriebenen **26** Form (§§ 1750 Abs 1 S 2, 1752 Abs 2 S 2) dem richtigen Erklärungsadressaten, dh dem zuständigen VormG (§§ 1750 Abs 1 S 3, 1752), zugeht. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so kann die Erklärung als Bestätigung des Annahmeverhältnisses durch sonstiges Verhalten verstanden werden (vgl ERMAN-HOLZHAUER Rz 13).

Bei der Annahme einer **Bestätigung durch sonstiges (schlüssiges) Verhalten** ist **27** Zurückhaltung geboten, will man die einjährige Antrags- (Überlegungs-)Frist nach § 1762 Abs 2 nicht voreilig in Frage stellen. Das Verhalten muß deshalb eindeutig sein und jeden Zweifel ausschließen. Äußerungen, die in einem Stadium der Unsicherheit, der Überlegung erfolgen, genügen nicht. Insbes ist es nicht ausreichend, wenn die Betreuung des Kindes nach Wegfall des Unwirksamkeitsgrundes fortgesetzt wird oder eine sofortige Antragstellung unterbleibt (ERMAN-HOLZHAUER Rz 13; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 12). Aus Gründen der Rechtsklarheit sollte die Erklärung möglichst formgerecht nachgeholt werden (DIV-Gutachten ZfJ 1988, 220).

Abs 3 S 2 verweist auf die entsprechend anzuwendenden Bestimmungen der **28** §§ 1746 Abs 1 S 2, 3 u 1750 Abs 3 S 1, 2. Das bedeutet: Ist die elterl Einwilligung unwirksam, so ist für die Nachholung der Erklärung oder sonstiges bestätigendes Verhalten **Vertretung** auch dann ausgeschlossen, wenn der betroffene Elternteil in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war (§ 1750 Abs 3 S 1 u 2). Ist das Kind noch nicht 14 Jahre alt oder geschäftsunfähig, so kommt es auf die Person des gesetzl Vertreters an (§ 1746 Abs 1 S 2). Ist das Kind 14 Jahre alt und nicht geschäftsunfähig, so ist seine Erklärung bzw sein Verhalten maßgebend; das Kind bedarf jedoch der Zustimmung seines gesetzl Vertreters (§ 1746 Abs 1 S 3). Ist der Antrag des Annehmenden unwirksam, so ist für die Nachholung oder bestätigendes Verhalten Vertretung ebenfalls ausgeschlossen (§ 1752 Abs 2 S 1). Einer besonderen Verweisung auf diese Bestimmung bedurfte es nicht.

2. Die Regelung des Abs 5

29

Ist beim Ausspruch der Annahme zu Unrecht angenommen worden, daß ein Elternteil zur Abgabe der Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt sei (§ 1747 Abs 4), so ist die Aufhebung ausgeschlossen, wenn der Elternteil die Einwilligung nachgeholt oder sonst zu erkennen gegeben hat, daß das Annahmeverhältnis aufrecht erhalten werden soll. Es gelten insoweit die Anm zu Abs 3 (Rz 24 ff). Bezügl des Verbots der Stellvertretung wird in S 2 auf die entsprechende Anwendung v § 1750 Abs 3 S 1 u 2 verwiesen.

3. Nachholung fehlender Erklärungen

30

Eine Nachholung fehlender Erklärungen wird in Abs 5 nur für den Sonderfall des § 1747 Abs 4 angesprochen. Es wäre jedoch verfehlt, daraus zu folgern, daß eine Nachholung in den übrigen Fällen des Abs 1 ausgeschlossen sein soll. Nachdem der RegE in § 1760 Abs 4 lit e noch die Aufhebbarkeit des Annahmeverhältnisses

verneint hatte, wenn die elterl Einwilligung zu Unrecht für entbehrlich gehalten worden war (BT-Drucks 7/3061, 47 f), empfahl der RAussch später, die Aufhebung doch zuzulassen, allerdings die Möglichkeit der Bestätigung vorzusehen (BT-Drucks 7/5087, 19 f). Redaktionell wäre es konsequent gewesen, auf Abs 5 gänzlich zu verzichten und die Möglichkeit der Nachholung fehlender oder unwirksamer Erklärungen bzw deren Bestätigung durch schlüssiges Verhalten in Abs 3 zu regeln. Offenbar wollte der Gesetzgeber jedoch aus Gründen der Klarstellung den Sonderfall des § 1747 Abs 4 ausdrücklich hervorheben, wie das auch unter der Herrschaft des alten Rechts der Fall war (§§ 1770 b iVm 1756 Abs 2 aF). Da es keinen rechten Sinn ergibt, bei fehlenden Erklärungen iS v Abs 1 die Aufhebbarkeit des Annahmeverhältnisses bis zum Ablauf der Frist des § 1762 in der Schwebe zu lassen, sollte man die Regelung der Abs 3 u 5 auf alle Fälle fehlender oder unwirksamer Erklärungen iS v Abs 1 beziehen (so auch ERMAN-HOLZHAUER Rz 15; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 14; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 18 in Abweichung von der Voraufl; SOERGEL-LIERMANN Rz 20; aA GERNHUBER § 62 XII 2).

31 V. Aufhebung nach dem Tod eines Beteiligten

Zur Frage, ob bei fehlenden oder unwirksamen Erklärungen eine Aufhebung auch nach dem Tod von leibl Eltern, Kind oder Annehmendem möglich ist, vgl § 1764 Rz 6.

32 VI. Verfahren

Zum Aufhebungsverfahren vgl § 1759 Rz 19 ff.

§ 1761

Das Annahmeverhältnis kann nicht aufgehoben werden, weil eine erforderliche Einwilligung nicht eingeholt worden oder nach § 1760 Abs. 2 unwirksam ist, wenn die Voraussetzungen für die Ersetzung der Einwilligung beim Ausspruch der Annahme vorgelegen haben oder wenn sie zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Aufhebungsantrag vorliegen; dabei ist es unschädlich, wenn eine Belehrung oder Beratung nach § 1748 Abs. 2 nicht erfolgt ist.

Das Annahmeverhältnis darf nicht aufgehoben werden, wenn dadurch das Wohl des Kindes erheblich gefährdet würde, es sei denn, daß überwiegende Interessen des Annehmenden die Aufhebung erfordern.

BT-Drucks 7/3061, 26, 48 Nr 10 u 11, 76 f Nr 13 b; BT-Drucks 7/5087, 20.

1 I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

§ 1761 schränkt die Aufhebbarkeit des Annahmeverhältnisses im Falle des § 1760 ein und ist Ausdruck des gesetzgeberischen Bestrebens, dem Annahmeverhältnis größtmöglichen **Bestandsschutz** zuteil werden zu lassen.

- 2 Nach Abs 1 sollen fehlende oder unwirksame Einwilligungen der Eltern (§ 1760 Abs 1 u 2 iVm § 1747) oder des Kindes (§ 1760 Abs 1 u 2 iVm § 1746) den Fortbestand des Annahmeverhältnisses nicht tangieren, wenn die Erklärungen bei dessen Begründung hätten ersetzt werden können, oder wenn im Zeitpunkt der Entscheidung über den Aufhebungsantrag Gründe für die Ersetzung der Einwilligung vorliegen. Es soll vermieden werden, daß die Aufhebung nur erfolgt, um

sogleich wieder ein neues Annahmeverhältnis zu begründen (BT-Drucks 7/3061, 48 Nr 10). Eine ähnliche Bestimmung hatte schon § 1770 b Abs 2 S 2 HS 2 aF enthalten („Wer sein Kind im Stich gelassen hat, kann den [Aufhebungs-]Antrag nicht stellen“). Die Regelung des heutigen § 1761 Abs 1 stand im RegE noch in § 1760 Abs 4 S 2 (BT-Drucks 7/3061, 7 u 48) und wurde später mit geringfügigen Änderungen (vgl BT-Drucks 7/3061, 76 f, BT-Drucks 7/5087, 20) aus redaktionellen Gründen (BT-Drucks 7/5087, 20) in § 1761 übernommen.

Abs 2 schützt das Interesse des Kindes am Fortbestand des Annahmeverhältnisses **3** trotz fehlender oder unwirksamer Erklärungen. § 1770 b Abs 1 S 2 aF hatte für den allerdings sehr engen Anwendungsbereich dieser Bestimmung (vgl dazu § 1760 Rz 2) bereits eine ähnliche Regelung enthalten. Der heutige § 1761 Abs 2 war im RegE noch als § 1760 Abs 5 vorgesehen (BT-Drucks 7/3061, 7, 26). Das dort ebenfalls mitgeregelte generelle Aufhebungsverbot für Adoptionen, die bereits 5 Jahre Bestand haben, wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens dahingehend modifiziert, daß eine Aufhebung schon nach Ablauf von 3 Jahren nicht mehr zulässig ist (BT-Drucks 7/5087, 20). Diese Regelung steht heute in § 1762 Abs 2 S 1 und schränkt im Zusammenwirken mit § 1761 Abs 2 die Aufhebbarkeit von Annahmeverhältnissen wegen ursprüngl Mängel weitgehend ein.

II. Die Regelung v Abs 1

1. Anwendungsbereich

4

Da Abs 1 sich auf § 1760 bezieht, kommt als eine „**erforderliche Einwilligung**“ nur die der Eltern oder des Kindes (§ 1760 Abs 1) in Betracht. Die Einwilligung des Ehegatten (§ 1749) ist zwar für das Zustandekommen der Adoption erforderlich; ihr Fehlen stellt aber keinen Aufhebungsgrund dar (vgl § 1760 Rz 4).

Abs 1 greift außerdem nur ein, soweit die **Einwilligung ersetzbar** ist. Die Einwilli- **5** gung der Eltern kann nach § 1748 ersetzt werden. Die Einwilligung des Kindes ist nach § 1746 Abs 3 nur ersetzbar, wenn der Vormund oder Pfleger diese ohne triftigen Grund verweigert. Wurde das Kind von seinen Eltern vertreten, so kommt eine Ersetzung nicht in Betracht (Näheres Rz 6 sowie § 1746 Rz 20). Eine Ersetzung ist auch dann nicht möglich, wenn das Kind nach Erreichen des 14. Lebensjahres die Einwilligung selbst erteilt hat (§ 1746 Abs 1 S 3).

Haben die Eltern die nach § 1746 erforderliche Einwilligung für das Kind nicht oder **6 nicht wirksam erteilt**, so kommt nach dem klaren Wortlaut des § 1746 Abs 3 eine Ersetzung nicht in Betracht. Die wenig sinnvolle Konsequenz scheint zu sein, daß die Aufhebungssperre des § 1761 Abs 1 auch dann nicht eingreifen kann, wenn die eigene Einwilligungserklärung der Eltern nach § 1747 entweder erteilt oder gerichtl ersetzt wurde, oder wenn sie zwar nicht erteilt wurde, aber zu den in Abs 1 genannten Zeitpunkten ersetzbar wäre. In der Lit wird zT die Auffassung vertreten, daß die Einwilligung der Eltern nach § 1747 notwendigerweise auch die für das Kind nach § 1746 einschließe (Näheres § 1746 Rz 6 ff) und die Ersetzung der elterl Einwilligung nach § 1748 eine zusätzliche Einwilligung für das Kind nach § 1746 entbehrlich mache (Näheres § 1746 Rz 20). Wer diese Ansicht vertritt, muß konsequenterweise § 1761 Abs 1 auch dann anwenden, wenn zwar die elterl Einwilligung nach § 1747, nicht aber die Einwilligung für das Kind nach § 1746 ersetzbar ist (so ERMAN-HOLZHAUER Rz 2; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 3). Diese Auffassung ist jedoch aus den bei § 1746 Rz 20 genannten Gründen abzulehnen. Zu vernünftigen Ergebnissen gelangt man indessen auch, wenn man mit dem gesetzl Erfordernis zweier selbständiger Einwilligungserklärungen nach § 1746 u § 1747 Ernst macht.

Wird die elterl Einwilligung nach § 1748 ersetzt, so wird das JugA nach § 1751 Abs 1 S 2 Vormund. Verweigert das JugA die nach § 1746 erforderliche Einwilligungserklärung für das Kind, so kommt eine Ersetzung nach § 1746 Abs 3 in Betracht (Näheres § 1746 Rz 16 ff). § 1761 Abs 1 ist deshalb sinngemäß so zu lesen, daß eine Aufhebung ausgeschlossen ist, wenn die elterl Einwilligung nach Abs 1 hätte ersetzt werden können oder nunmehr ersetzbar wäre und eine (hypothetische) Verweigerung der Einwilligung des JugA (§ 1751 Abs 1 S 2) nach § 1746 Abs 3 ersetzt werden könnte (so auch BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 3; SOERGEL-LIERMANN Rz 2). Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, und wurde von den Eltern zwar die Einwilligung nach § 1747, nicht aber die nach § 1746 erklärt (Fall praktisch kaum denkbar, vgl § 1746 Rz 6 ff), so ist § 1761 Abs 1 nicht anwendbar.

- 7 Wenn Abs 1 davon spricht, daß eine **Einwilligung „nicht eingeholt“** worden ist, so ist auch der Fall erfaßt, daß um die Erteilung der Einwilligung zwar nachgesucht, diese aber versagt worden ist (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 8; ERMAN-HOLZHAUER Rz 2; **aA** PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2 b; SOERGEL-LIERMANN Rz 4). **War die Ersetzung der Einwilligung vom VormG abgelehnt worden**, so bleibt diese Entscheidung für das Aufhebungsverfahren maßgebend. Spätere Umstände, die vor oder nach der Begründung des Annahmeverhältnisses liegen können, sind indessen bis zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Aufhebungsantrag zu berücksichtigen (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 8; ERMAN-HOLZHAUER Rz 2; **aA** PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2 b; SOERGEL-LIERMANN Rz 4).

8 2. Tatbestandliche Voraussetzungen

Unter zwei alternativen Voraussetzungen schließt Abs 1 die Aufhebung aus: Die Ersetzung der Einwilligung muß entweder beim Ausspruch der Annahme möglich gewesen sein (Alt 1), oder deren Voraussetzungen müssen zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Aufhebungsantrag vorliegen (Alt 2). Welche Voraussetzungen im einzelnen für die Ersetzung der Einwilligung erforderlich sind, richtet sich nach dem jeweiligen Ersetzungstatbestand (§§ 1748 Abs 1 u 3, 1746 Abs 3). Nach Abs 1 HS 2 ist es unschädlich, wenn eine Belehrung oder Beratung nach § 1748 Abs 2 nicht erfolgt ist. Ist ein Ersetzungsverfahren nicht durchgeführt worden, so fehlt es auch an der für den Fall des § 1748 Abs 2 vorgesehenen Belehrung oder Beratung. Um das bereits begründete Annahmeverhältnis im Interesse des Kindes nicht zu gefährden, erleichtert Abs 1 HS 2 die (hypothetischen) Ersetzungsvoraussetzungen des § 1748 Abs 2 (BT-Drucks 7/3061, 48 Nr 10).

- 9 Das Tatbestandsmerkmal „unverhältnismäßiger Nachteil bei Unterbleiben der Annahme“ in § 1748 Abs 1 soll nach überwiegender Auffassung (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5; ERMAN-HOLZHAUER Rz 4) im Rahmen der Prüfung von § 1761 Abs 1 **Alt 1** so interpretiert werden, daß dieser Nachteil bei *Vornahme* der Aufhebung entstehen müßte. Es sei eine Betrachtung geboten, die das zwischenzeitliche Geschehen mitberücksichtige. Eine solche Auslegung ist nicht geboten. Wie der RegE zeigt, geht es bei der 1. Alt von Abs 1 nur um eine rückblickende Beurteilung der damaligen Rechtslage (BT-Drucks 7/3061, 48 Nr 10). Zwischenzeitliche Entwicklungen sind lediglich im Rahmen der 2. Alt des Abs 1 oder des Abs 2 zu berücksichtigen.

Was die **Alt 2** anbelangt, so verengt sich der Anwendungsbereich von § 1748 erheblich, weil nach Begründung des Annahmeverhältnisses keine speziellen elterl Pflichten gegenüber dem Kind mehr bestehen. Neben § 1748 Abs 3 kommt deshalb praktisch nur der Ersetzungsgrund der **Gleichgültigkeit** in Betracht, wenn die Eltern, deren Einwilligung völlig fehlte, nicht nach dem Verbleib des Kindes geforscht haben, oder wenn sie sich bei Kenntnis der Unwirksamkeit der Einwilli-

gung innerhalb der Jahresfrist des § 1762 Abs 2 nicht in angemessener Weise um eine Aufhebung bemüht haben. Außer Gleichgültigkeit setzt allerdings § 1748 Abs 1 weiter voraus, daß „das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde“. Daran wird eine hypothetische Ersetzung nach Abs 1 Alt 2 möglicherweise scheitern, was indessen nicht ausschließt, die Aufhebung wegen Gefährdung des Kindeswohls (Abs 2) abzulehnen (so auch ERMAN-HOLZHAUER Rz 3 entgegen MünchKomm-LÜDERITZ Rz 4 u BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5).

Für den **Ersetzungsgrund des § 1748 Abs 3** gilt Entsprechendes. Es ist allein auf den Zeitpunkt der Annahme bzw Aufhebung bezogen zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 1748 Abs 3 vorliegen (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7; aA MünchKomm-LÜDERITZ Rz 6).

III. Die Regelung v Abs 2

11

Abs 2 schränkt im Interesse einer kontinuierlichen Entwicklung des Kindes die Aufhebbarkeit des Annahmeverhältnisses ein, obwohl die Aufhebungsvoraussetzungen des § 1760 vorliegen. Abs 2 verbietet grds die Aufhebung, wenn dadurch das Wohl des Kindes erheblich gefährdet würde. Trotz erheblicher Gefährdung des Kindeswohls soll indessen die Aufhebung zulässig sein, wenn überwiegende Interessen des *Annehmenden* die Aufhebung erfordern.

Abs 2 verlangt eine „**erhebliche Gefährdung**“. Eine schlichte Gefährdung, die mit jedem Milieuwechsel verbunden ist (Komplizierung der Lebensumstände, Trennungsschmerz), genügt nicht. Für die Frage, ob durch die Aufhebung des Annahmeverhältnisses das Wohl des Kindes erheblich gefährdet würde, ist sowohl maßgebend, in welchen Verhältnissen das Kind jetzt lebt, als auch, in welchen Verhältnissen es leben würde, wenn es infolge der Aufhebung wieder seiner Ursprungsfamilie zugeordnet würde. Dazu kommt freilich die weitere und entscheidende Prüfung, wie das Kind den Wechsel von einer Familie zur anderen verkraften würde. Hierbei ist indes auf die Intensität der entstandenen Bindungen, das Alter des Kindes, die Dauer der Beziehung, besondere Eigenschaften des Kindes abzuheben. Nicht jede Aufhebung der Adoption führt allerdings auch zu einem Milieuwechsel. Wird zB eine Adoption durch den Stiefvater aufgehoben, weil der leibl Vater nicht eingewilligt hatte, so ändert sich an den tatsächlichen Lebensumständen des Kindes, das weiterhin bei seiner leibl Mutter und seinem Stiefvater lebt, nichts.

Obwohl Abs 2 keine **Abwägung zwischen den grundrechtl geschützten Positionen der leibl Eltern einerseits (Art 6 Abs 2 S 1 GG) und der Adoptivfamilie andererseits (Art 6 Abs 1 GG)** vorsieht, sondern ausschließlich auf die Gefährdung des Kindes abhebt, wird man Abs 2 richtigerweise auch als das gesetzl normierte Ergebnis einer solchen Abwägung verstehen müssen (vgl SOERGEL-LIERMANN Rz 9; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 12; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 9): Je besser die leibl Eltern, ohne deren Einwilligung die Adoption zustande kam, ihre Elternverantwortung wahrgenommen haben, desto weniger wird in Anbetracht der ohnehin kurzen Fristen des § 1762 eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses das Kindeswohl erheblich gefährden. Verfassungsrechtl Bedenken gegen Abs 2 bestehen jedoch insoweit nicht, als der Gesetzgeber im Spannungsverhältnis zwischen zwei Elternrechten dem Kindeswohl die entscheidende Priorität einräumt (vgl GERNHUBER § 62 XII 3; krit BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 12; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 9).

Trotz erheblicher Gefährdung des Kindeswohls soll es nach Abs 2 bei der Aufhebbarkeit des Annahmeverhältnisses bleiben, wenn „**überwiegende Interessen des Annehmenden**“ die Aufhebung erfordern. Gedacht ist an den (allerdings kaum

praktisch werdenden) Fall, daß der Annahmeantrag unwirksam war (BT-Drucks 7/3061, 48 Nr 11). Hier sollen das Kindeswohl, das durch die Aufhebung gefährdet würde, und das Interesse derjenigen, denen das Kind ohne ihren Antrag zugeordnet wurde, gegeneinander abgewogen werden. Im Fall einer Minderjährigenadoption wird es in aller Regel schon an einer durch die Aufhebung bedingten erheblichen Gefährdung des Kindeswohles fehlen (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 10; ROTH-STIELOW Rz 8), wenn die Annehmenden alles daransetzen, das Annahmeverhältnis aufzuheben. Zwangselternschaft kann nicht im wohlverstandenen Interesse des Kindes liegen. Bei größeren Kindern und bei Volljährigen (§ 1771 S 2) können indessen vermögensrechtl Interessen sowohl des Kindes als auch der Annehmenden im Gesamtabwägungsprozeß eine entscheidende Rolle spielen (GERNHUBER § 62 XII 3).

§ 1762

Antragsberechtigt ist nur derjenige, ohne dessen Antrag oder Einwilligung das Kind angenommen worden ist. Für ein Kind, das geschäftsunfähig oder noch nicht vierzehn Jahre alt ist, und für den Annehmenden, der geschäftsunfähig ist, können die gesetzlichen Vertreter den Antrag stellen. Im übrigen kann der Antrag nicht durch einen Vertreter gestellt werden. Ist der Antragsberechtigte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich.

Der Antrag kann nur innerhalb eines Jahres gestellt werden, wenn seit der Annahme noch keine drei Jahre verstrichen sind. Die Frist beginnt

- a) in den Fällen des § 1760 Abs. 2 Buchstabe a mit dem Zeitpunkt, in dem der Erklärende zumindest die beschränkte Geschäftsfähigkeit erlangt hat oder in dem dem gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähigen Annehmenden oder des noch nicht vierzehn Jahre alten oder geschäftsunfähigen Kindes die Erklärung bekannt wird;
- b) in den Fällen des § 1760 Abs. 2 Buchstaben b, c mit dem Zeitpunkt, in dem der Erklärende den Irrtum oder die Täuschung entdeckt;
- c) in dem Fall des § 1760 Abs. 2 Buchstabe d mit dem Zeitpunkt, in dem die Zwangslage aufhört;
- d) in dem Fall des § 1760 Abs. 2 Buchstabe e nach Ablauf der in § 1747 Abs. 3 Satz 1 bestimmten Frist;
- e) in den Fällen des § 1760 Abs. 5 mit dem Zeitpunkt, in dem dem Elternteil bekannt wird, daß die Annahme ohne seine Einwilligung erfolgt ist. Die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206 sind entsprechend anzuwenden.

Der Antrag bedarf der notariellen Beurkundung.

BT-Drucks 7/3061, 20, 48 f; BT-Drucks 7/5087, 20.

Systematische Übersicht

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1

II. Aufhebungsantrag

1. Antragsberechtigte Personen 3
2. Antrag nur eines Ehegatten 5
3. Vertretung 6
4. Tod des Antragstellers 10
5. Form des Antrags 11

III. Antragsfristen (Abs 2)

1. Allgemeines 12
2. Die Dreijahresfrist 13
3. Die Einjahresfrist 14
 - a) Die Regelung v Abs 2 S 2 lit a 14
 - b) Die Regelung v Abs 2 S 2 lit b 15
 - c) Die Regelung v Abs 2 S 2 lit c 16
 - d) Die Regelung v Abs 2 S 2 lit d 17
 - e) Die Regelung v Abs 2 S 2 lit e 18
4. Hemmung der Fristen 19

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1

1762 gehört in den Regelungszusammenhang der §§ 1760, 1761 und bestimmt, wer bei Begründungsmängeln der Adoption iS v § 1760 den Aufhebungsantrag stellen darf (Abs 1), welche Form erforderlich ist (Abs 3) und innerhalb welcher Frist der Aufhebungsantrag gestellt werden muß (Abs 2). Dabei sieht Abs 2 eine **doppelte Befristung** vor: Der Aufhebungsantrag kann nur **binnen Jahresfrist** gestellt werden, wobei die Frist mit Kenntnis des Aufhebungsgrundes oder Wegfall des Hindernisses beginnt (Näheres Abs 2 S 2 lit a–e). Nach Ablauf einer **Frist v 3 Jahren** seit dem Wirksamwerden der Annahme ist ein Aufhebungsantrag selbst dann unzulässig, wenn die Einjahresfrist noch nicht abgelaufen sein sollte: „Ein Kind ist . . . voll in die Adoptivfamilie integriert, wenn es mehr als 3 Jahre in ihr gelebt hat. Bei dieser Sachlage erscheint es im Interesse des Kindeswohls auch unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die Aufhebung nur bei besonders schweren Mängeln der Adoption zulässig ist, und vor allem der Bedeutung des Elternrechts nicht mehr vertretbar, ein Annahmeverhältnis aufzuheben“ (BT-Drucks 7/5087, 20). Die Frist v 3 Jahren ist erst auf Antrag des RAussch Ges geworden (BT-Drucks 7/5087, 20), nachdem der RegE in § 1760 Abs 5 S 2 noch eine Frist v 5 Jahren vorgesehen hatte (BT-Drucks 7/3061, 7, 26, 48 Nr 12).

Vor der Reform v 1976 war ein Adoptionsvertrag nichtig, wenn die zum wirksamen **2** Zustandekommen der Annahme erforderlichen Erklärungen fehlten oder unwirksam waren (Näheres § 1760 Rz 2). Auf die Nichtigkeit konnte sich jedermann zu jeder Zeit berufen. War der Annahmevertrag oder eine erforderliche Einwilligungserklärung anfechtbar (§ 1755 aF), so galt für die Anfechtungsfrist die Regelung der §§ 121, 124. Ein Adoptionsvertrag konnte somit noch bis zu 30 Jahre nach Abgabe der Erklärung durch Anfechtung vernichtet werden (§§ 121 Abs 2, 124 Abs 3). Durch § 1762 Abs 2 wird dem **Reformanliegen**, Annahmeverhältnissen verstärkten Bestandsschutz zu verleihen (vgl § 1759 Rz 2), Rechnung getragen. Für den Sonderfall des § 1760 Abs 5 (Adoption ohne die erforderliche elterl Einwilligung) hatte allerdings § 1770 b Abs 2 u 3 aF bereits eine dem heutigen § 1762 Abs 2 S 2 lit e ähnl Regelung enthalten.

II. Aufhebungsantrag

1. Antragsberechtigte Personen

3

Antragsberechtigt ist nicht, wie der Wortlaut des Abs 1 S 1 vermuten lassen könnte, jeder, ohne dessen Antrag oder Einwilligung die Annahme erfolgte. § 1762 Abs 1 S 1 knüpft vielmehr an die Bestimmung des § 1760 Abs 1 u 2 an, die abschließend regelt, welche fehlenden oder unwirksamen Erklärungen einen Aufhebungsgrund darstellen. Nicht antragsberechtigt sind deshalb der Ehegatte des Annehmenden oder Anzunehmenden, ohne dessen Einwilligung (§ 1749) die Adoption zustande kam (allgM; **aA** ohne Begründung PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1), der gesetzl Vertreter, dessen Zustimmung nach § 1746 Abs 1 S 3 HS 2 fehlte, und Personen, die im Annahmeverfahren hätten gehört werden müssen (BayObLGZ 1986, 57, 59 = FamRZ 1986, 719, 720 = NJW-RR 1986, 872, 873, betr Volljährigenadoption).

Antragsberechtigt sind nach § 1760 Abs 1 allein der Annehmende, das Kind sowie **4** die Eltern des ehel und die Mutter des nichtehel Kindes. Jeder Antragsberechtigte kann nur die **Verletzung eigener Rechte** geltend machen, sich also nur auf das Fehlen oder die Unwirksamkeit der eigenen Erklärung berufen. Nach der Begrün-

dung des RegE (BT-Drucks 7/3061, 49 zu § 1761 Abs 1) zieht § 1762 Abs 1 S 1 die Schlußfolgerung aus § 1760 Abs 3, der die Nachholung fehlender oder unwirksamer Erklärungen vorsieht.

5 2. Antrag nur eines Ehegatten

Fehlt es bei einer gemeinschaftlichen Annahme durch ein Ehepaar am wirksamen Annahmeantrag nur eines Ehegatten, so kann nur dieser den Aufhebungsantrag stellen und das Annahmeverhältnis auch nur ihm gegenüber aufgehoben werden. § 1764 Abs 5 sieht die Möglichkeit einer **Teilaufhebung** ausdrücklich vor. Allerdings erweckt § 1763 Abs 2 den Eindruck, als käme eine Teilaufhebung nur im Falle des § 1763 Abs 1 in Betracht. Die Entstehungsgeschichte macht jedoch deutlich, daß die Möglichkeit der Teilaufhebung nicht auf den Fall des § 1763 Abs 1 beschränkt ist: Die Regelung des heutigen § 1763 Abs 2 stand im RegE noch in § 1763 Abs 1 (BT-Drucks 7/3061, 7) und bezog sich auf den Fall des § 1760. Sie wurde später lediglich „des engen Sachzusammenhangs wegen“, ohne daß eine inhaltliche Änderung bezweckt war, an anderer Stelle plaziert (BT-Drucks 7/5087, 20). Zwar war der wirksame Annahmeantrag des anderen Ehegatten auf eine gemeinsame Adoption, nicht auf eine Einzeladoption gerichtet (vgl zu einer ähnl Problemlage § 1753 Rz 7). Eine gemeinsame Adoption hat aber stattgefunden, und der Irrtum über den Fortbestand der gemeinsamen Adoption berechtigt nicht zur Aufhebung (GERNHUBER § 63 XII Fn 5; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5). Zu prüfen bleibt allerdings, ob das Annahmeverhältnis zum anderen Ehegatten nicht nach § 1763 Abs 1 aufzuheben ist.

6 3. Vertretung

Der Aufhebungsantrag kann grds nicht durch einen Vertreter gestellt werden (Abs 1 S 3; ebenso schon vor der Reform § 1770 b Abs 4). Als **höchstpersönliches Recht** ist das Antragsrecht auch nicht vererblich (BayObLGZ 1986, 57, 59 f = FamRZ 1986, 719, 720 = NJW-RR 1986, 872, 873).

7 Ein **geschäftsunfähiger Elternteil** kann deshalb auch durch seinen gesetzl Vertreter keinen Aufhebungsantrag stellen. War der Elternteil schon bei der Annahme geschäftsunfähig, so war seine Einwilligung nach § 1747 Abs 4 nicht erforderlich, so daß schon aus diesem Grund eine Aufhebung nicht in Betracht kommt. Trat die Geschäftsunfähigkeit erst später ein, so verbietet sich eine Aufhebung wegen des vorhandenen Begründungsmangels, weil nunmehr eine Adoption auch ohne Einwilligung des geschäftsunfähig gewordenen Elternteils möglich wäre (so RegE BT-Drucks 7/3061, 49 zu § 1761 Abs 1; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4). Gegen eine Aufhebung spricht auch, daß das Kindeswohl gefährdet wäre, wenn nach der Automatik des § 1764 Abs 3 an die Stelle der Adoptiveltern wieder der geschäftsunfähige leibl Elternteil träte (vgl VoraufI § 1770 b Rz 18). – Ein **beschränkt geschäftsfähiger Elternteil** ist gem Abs 1 S 4 ohne Zustimmung des gesetzl Vertreters antragsbefugt (vgl § 1750 Abs 3 S 2).

8 Für den **geschäftsunfähigen Annehmenden** kann nach Abs 1 S 2 der gesetzl Vertreter den Aufhebungsantrag stellen. Obwohl bei der Stellung des Annahmeantrags Stellvertretung verboten ist (§ 1752 Abs 2 S 1), ist die Regelung des Abs 1 S 2 gerechtfertigt und notwendig, weil ansonsten der Grund, der zur Unwirksamkeit des Antrags geführt hat, die Möglichkeit eines Aufhebungsantrags ausschließen würde und der Annehmende ohne seinen Willen mit den Rechtsfolgen einer Adoption belastet bliebe (RegE BT-Drucks 7/3061, 49 zu § 1761 Abs 1).

Entsprechend der Regelung des § 1746 Abs 1 S 2 kann der Aufhebungsantrag für **9** ein **Kind, das geschäftsunfähig oder noch nicht 14 Jahre alt ist**, nur von seinem gesetzl Vertreter gestellt werden (Abs 1 S 2). Ist gesetzl Vertreter (wie meist) der Annehmende, so muß zur Vermeidung von Interessenkollisionen (§ 1761 Abs 2!) für das Kind ein Verfahrenspfleger bestellt werden (§ 56 f Abs 2 FGG). – Hat das Kind das **14. Lebensjahr vollendet**, so kann und muß es den Antrag selbst stellen (Abs 1 S 4 entspricht § 1746 Abs 1 S 3). Einer Zustimmung des gesetzl Vertreters bedarf es – anders als im Falle des § 1746 Abs 1 S 3 – nicht (Abs 1 S 4).

4. Tod des Antragstellers

10

Daß ein Annahmeverhältnis nach dem Tod des Annehmenden oder des Kindes auf deren jeweiligen Antrag hin aufgehoben werden kann, ergibt sich aus § 1764 Abs 1 S 2. Näheres zur Aufhebbarkeit des Annahmeverhältnisses nach dem Tod des Antragstellers bei § 1764 Rz 6.

5. Form des Antrags

11

Der Aufhebungsantrag bedarf der **notariellen Beurkundung** (Abs. 3). Die gleiche Form ist für den Annahmeantrag (§ 1752 Abs 2 S 2) und die nach den §§ 1746, 1747, 1749 erforderlichen Einwilligungserklärungen (§ 1750 Abs 1 S 2) vorgeschrieben. Die Regelung ist einerseits sinnvoll, weil der Antragsteller über die Tragweite seiner Erklärung belehrt wird, andererseits aber wegen der ohnehin kurzen Fristen des Abs 2 nicht unproblematisch (krit MünchKomm-LÜDERITZ Rz 6). Der Aufhebungsantrag muß beim zuständigen VormG (vgl § 1759 Rz 19) gestellt werden. Zur Fristwahrung genügt ein Antrag beim örtlich unzuständigen VormG (vgl zu einer ähnl gelagerten Problematik die Ausführungen bei § 1753 Rz 4). Im Falle einer Inkognitoadoption hätten sonst die leibl Eltern Schwierigkeiten, den Aufhebungsantrag innerhalb der Fristen des Abs 2 zu stellen. Zur Frage, wann im Falle einer Inkognitoadoption der Kindesmutter das den Annahmebeschuß erlassende VormG und das Aktenzeichen des Annahmeverfahrens zwecks Durchführung eines Aufhebungsverfahrens benannt werden muß, vgl OVG Münster NJW 1985, 1107 = FamRZ 1985, 204 u § 1758 Rz 14.

III. Antragsfristen (Abs 2)

1. Allgemeines

12

Das Antragsrecht ist nach Abs 2 S 1 **doppelt befristet**: Nach Ablauf einer **Frist v 3 Jahren** seit Wirksamwerden des Annahmebeschlusses kann ein Aufhebungsantrag nicht mehr gestellt werden, weil nach dem Willen des Gesetzgebers die Geltendmachung von Begründungsmängeln im Interesse des Kindes, das nach 3 Jahren in die Adoptivfamilie voll integriert ist, ausgeschlossen sein soll (s oben Rz 1). Auch wenn die Dreijahresfrist noch nicht abgelaufen sein sollte, ist ein Aufhebungsantrag unzulässig, falls der Antragsteller diesen nicht binnen einer **Frist v 1 Jahr** ab Aufdeckung des Mangels, Beendigung der Zwangslage oder Wegfall des Hindernisses gestellt hat. Den Fristbeginn im einzelnen regelt Abs 2 S 2 lit a–e.

2. Die Dreijahresfrist

13

Die Dreijahresfrist beginnt mit der Zustellung des Adoptionsbeschlusses an den Annehmenden (§ 56 e S 2 FGG). Für die Berechnung der Frist gelten die §§ 187 ff.

Da die Dreijahresfrist eine **Ausschlußfrist** ist, kommt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht in Betracht (OVG Münster NJW 1985, 1107, 1108 = FamRZ 1985, 204, 205).

3. Die Einjahresfrist

14 a) Die Regelung v Abs 2 S 2 lit a

War der **Annehmende geschäftsunfähig**, so beginnt die Frist, wenn dem gesetzl Vertreter der unwirksame Antrag bekannt wird. Hat der gesetzl Vertreter Kenntnis erlangt, und wird der Annehmende vor Fristablauf geschäftsfähig, so beginnt die Einjahresfrist erneut zu laufen (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7).

Hat das **geschäftsunfähige oder noch nicht 14 Jahre alte Kind** die Einwilligung selbst erteilt, so beginnt die Jahresfrist ebenfalls mit Kenntniserlangung des gesetzl Vertreters. Läuft die Jahresfrist, und vollendet das Kind vor Ablauf der Frist das 14. Lebensjahr (vgl Abs 1 S 4), so wird man zu dessen Gunsten einen neuen Fristbeginn annehmen müssen.

Nicht erfaßt ist v Abs 2 S 2 lit a die 1. Alt des § 1760 Abs 2 lit a, daß nämlich der Annehmende, das Kind oder ein Elternteil die Erklärung im Zustand der Bewußtlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit abgegeben haben. Hier wird man entsprechend der Regelung v Abs 2 S 2 lit e auf den Zeitpunkt abstellen müssen, in dem dem Betroffenen bekannt wird, daß die Annahme ohne seine erforderliche Erklärung erfolgt ist (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7).

15 b) Die Regelung v Abs 2 S 2 lit b

Hat sich der Erklärende in einem Irrtum gem § 1760 Abs 2 lit b befunden, oder war er durch arglistige Täuschung zur Erklärung bestimmt worden (§ 1760 Abs 2 lit c), so läuft die Frist ab Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung.

16 c) Die Regelung v Abs 2 S 2 lit c

Ist die Erklärung durch widerrechtl Drohung (§ 1760 Abs 2 lit d) herbeigeführt worden, so ist für den Fristbeginn die Beendigung der Zwangslage der maßgebliche Zeitpunkt.

17 d) Die Regelung v Abs 2 S 2 lit d

Wurde die elterl Einwilligung vor Ablauf der Achtwochenfrist erteilt (§ 1760 Abs 2 lit e iVm § 1747 Abs 3 S 1), so beginnt die Jahresfrist in dem Zeitpunkt, in dem das Kind 8 Wochen alt wird.

18 e) Die Regelung v Abs 2 S 2 lit e

Wurde bei der Adoption zu Unrecht angenommen, daß die elterl Einwilligung gem § 1747 Abs 4 entbehrlich sei (§ 1760 Abs 5), so beginnt die Frist, sobald dem betroffenen Elternteil bekannt wird, daß die Annahme ohne seine Einwilligung erfolgt ist.

Nicht geregelt ist der allg Fall des § 1760 Abs 1, daß nämlich die Einwilligung der Eltern fehlt, ohne daß zu Unrecht die Voraussetzungen des § 1747 Abs 4 bejaht wurden; ungeregelt ist ferner der Fall, daß die Annahme ohne Einwilligung des Kindes oder ohne den Antrag des Annehmenden erfolgte. Die Lücke ist durch analoge Anwendung v Abs 2 S 2 lit e zu schließen (BGB-RGRK-DICKESCHIED

Rz 8; ERMAN-HOLZHAUER Rz 5). Fehlt die Einwilligung des Kindes, so ist bei dem noch nicht 14 Jahre alten Kind auf die Kenntnis des gesetzl Vertreters abzustellen; hat das Kind das 14. Lebensjahr vollendet, so ist seine Kenntnis maßgebend (vgl Abs 2 S 2 lit a iVm Abs 1 S 2 u 4). Wird das Kind 14 Jahre alt, während die Jahresfrist wegen Vertreterkenntnis läuft, so wird man zugunsten des Kindes einen neuen Fristbeginn annehmen müssen (s oben Rz 14).

4. Hemmung der Fristen

19

Abs 2 S 3 erklärt die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206 für entsprechend anwendbar (Hemmung wegen Stillstands der Rechtspflege, höherer Gewalt, Fehlens eines gesetzl Vertreters). Die **Verweisung bezieht sich** nicht nur auf den Fall des Abs 2 S 2 lit e, sondern **auf alle Fälle des Abs 2 S 2**. Richtigerweise hätte für S 3 eine neue Zeile in Abs 2 begonnen werden müssen (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 9). Im RegE (BT-Drucks 7/3061, 7) war der heutige Abs 2 S 3 noch in § 1761 Abs 2 S 3 enthalten. Dort waren die einzelnen Fälle des heutigen Abs 2 S 3 noch nicht nach Buchstaben einzeln aufgeführt, sondern in einem längeren S 2 zusammengefaßt, so daß sich die Regelung v S 3 zweifelsfrei auf alle Fälle v S 2 bezog. Mit der späteren Übernahme der Bestimmung in § 1762 und der sprachlichen Korrektur war eine inhaltliche Änderung nicht beabsichtigt (BT-Drucks 7/5087, 20).

Auf die Dreijahresfrist des Abs 2 S 1 bezieht sich hingegen Abs 2 S 3 nicht (BGB- 20 RGRK-DICKESCHIED Rz 10; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 15; aA ROTH-STIELOW Rz 6; SOERGEL-LIERMANN Rz 7). Dies ergibt sich eindeutig aus der Entstehungsgeschichte. Schon in § 1770 b Abs 3 S 2 aF, der dem heutigen § 1762 Abs 2 S 3 als Vorbild diente, hatte sich die entsprechende Anwendung der §§ 203, 206 nur auf die Einjahresfrist bezogen. Im RegE stand die ursprüngl vorgesehene Ausschußfrist v 5 Jahren noch in § 1760 Abs 5 S 2 ohne Hinweis auf die §§ 203, 206. Auf Anregung des RAussch wurde später zwar die Frist auf 3 Jahre verkürzt; im übrigen sollte sich aber durch die Übernahme der Regelung der Ausschußfrist in § 1762 Abs 2 S 1 inhaltlich nichts ändern (BT-Drucks 7/5087, 20).

§ 1763

Während der Minderjährigkeit des Kindes kann das Vormundschaftsgericht das Annahmeverhältnis von Amts wegen aufheben, wenn dies aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist.

Ist das Kind von einem Ehepaar angenommen, so kann auch das zwischen dem Kind und einem Ehegatten bestehende Annahmeverhältnis aufgehoben werden.

Das Annahmeverhältnis darf nur aufgehoben werden,

- a) wenn in dem Fall des Absatzes 2 der andere Ehegatte oder wenn ein leiblicher Elternteil bereit ist, die Pflege und Erziehung des Kindes zu übernehmen, und wenn die Ausübung der elterlichen Sorge durch ihn dem Wohl des Kindes nicht widersprechen würde oder
- b) wenn die Aufhebung eine erneute Annahme des Kindes ermöglichen soll.

BT-Drucks 7/3061, 26, 49 f; BT-Drucks 7/5087, 20.

Systematische Übersicht

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Normzweck 1 II. Entstehungsgeschichte 2 III. Voraussetzungen der Aufhebung <ul style="list-style-type: none"> 1. Allgemeines 3 | <ul style="list-style-type: none"> 2. Aufhebungsvoraussetzungen nach Abs 1 <ul style="list-style-type: none"> 4 a) Minderjährigkeit des Kindes 4 b) Schwerwiegende Gründe 6 c) Wohl des Kindes 11 |
|---|---|

- d) Erforderlichkeit 12
- 3. Aufhebungsvoraussetzungen nach Abs 3
13
- a) Allgemeines 13
- b) Die Regelung des Abs 3 lit a Alt 1 15

- c) Die Regelung des Abs 3 lit a Alt 2 17
- d) Die Regelung des Abs 3 lit b 20

IV. Teilaufhebung (Abs 2) 23

V. Verfahren und Übergangsrecht 25

1 I. Normzweck

Ein Annahmeverhältnis kann nicht nur wegen Fehlern bei der Begründung (§§ 1760–1762), sondern auch wegen späteren Scheiterns aufgehoben werden, wenn dies aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist (§ 1763 Abs 1). Der **Grundsatz der Volladoption** hätte es eigentlich nahegelegt, auf eine Bestimmung wie die des § 1763 zu verzichten, weil natürliche Eltern-Kind-Verhältnisse nicht durch Aufhebung beendet werden können. Da jedoch nach § 1742 Zweitadoptionen verboten sind, „solange das Annahmeverhältnis besteht“ (krit dazu § 1742 Rz 3 ff), mußte der Gesetzgeber in § 1763 eine Aufhebungsmöglichkeit vorsehen, wollte er Zweitadoptionen nicht gänzlich unterbinden. § 1763 ist deshalb in erster Linie im **Zusammenhang mit § 1742** zu sehen, wie die Regelung des Abs 3 auch deutlich zeigt: Nach Abs 3 ist eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses in drei Fällen möglich: zunächst gem Abs 3 lit b, wenn die Aufhebung eine erneute Annahme ermöglichen soll. Auch Abs 3 lit a Alt 2 betrifft in der Sache den Fall einer Zweitadoption. Soweit nämlich diese Bestimmung eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses gestattet, „wenn ein leibl Elternteil bereit ist, die Pflege und Erziehung des Kindes zu übernehmen, und wenn die Ausübung der elterl Sorge durch ihn dem Wohl des Kindes nicht widersprechen würde“, handelt es sich letztlich um die „Rückadoption“ des Kindes durch sein leibl Eltern (oder einen Elternteil), die aber das Ges nicht vorsieht, weil mit der Aufhebung jeder Adoption das natürliche Verwandtschaftsverhältnis kraft Ges (§ 1764 Abs 3) wiederauflebt und nur die Rückübertragung des Sorgerechts von einer vormundschaftsgerichtl Entscheidung abhängt (§ 1764 Abs 4). Lediglich der 3. Fall (Abs 3 lit a Alt 1) hat mit der Ermöglichung einer Zweitadoption nichts zu tun. Diese Vorschrift erlaubt im Zusammenhang mit Abs 2 bei der gemeinschaftlichen Annahme eines Kindes durch ein Ehepaar die Aufhebung des Annahmeverhältnisses zu nur einem Ehegatten, falls der andere bereit ist, die Pflege und Erziehung des Kindes zu übernehmen. Auf diese Bestimmung hätte man verzichten können, weil es auch bei leibl Kindern keine Adoption des eigenen ehel Kindes zwecks Ausgrenzung des anderen Elternteils gibt und das Ges genügend Möglichkeiten bietet, Adoptivkinder bei einseitigem elterl Versagen zu schützen (§§ 1666, 1667). Es wäre deshalb **konsequenter** gewesen, Zweitadoptionen auch ohne vorherige Aufhebung der ersten zuzulassen (dazu § 1742 Rz 3) und § **1763 ersatzlos zu streichen**. In diese Richtung waren vor 1976 auch Reformvorschläge gegangen (Stellungnahme der AGJ zum RegE, MittAGJ 70 [1974] Beil S 6; Akademikerverbände FamRZ 1974, 170, 171; LÜDE-RTZ 84; ders MittAGJ 70 [1974] 46). Falsch wäre es jedenfalls, aus § 1763 voreilig folgern zu wollen, die künstliche, durch Adoption begründete Verwandtschaftsbeziehung sei weniger geschützt als die natürliche (vgl BT-Drucks 7/3061, 26, 49f).

2 II. Entstehungsgeschichte

Nach altem Recht stand die vertragliche Aufhebung des Annahmeverhältnisses im Vordergrund (§ 1770 aF). Allerdings sah schon § **1770 a S 1 aF** mit dem gleichen Wortlaut wie § 1763 Abs 1 eine Aufhebung von Amts wegen vor, so daß zur Auslegung der Begriffe „schwerwiegende Gründe“ und „Wohl des Kindes“ in § 1763 Abs 1 auch die zu § 1770 aF ergangene Rspr herangezogen werden kann

(BayObLGZ 1979, 386, 390 f = FamRZ 1980, 498, 499 f = DAVorm 1980, 39, 42; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4). Näheres zur Entstehungsgeschichte des § 1770 a aF in der Voraufh. § 1763 unterscheidet sich von § 1770 a aF vor allem durch die Regelung des **Abs 3**, der in § 1770 a aF fehlte und heute die **Möglichkeit der Aufhebung erheblich einschränkt** (vgl BT-Drucks 7/3061, 26 unter d). Dagegen enthielt § 1770 a aF in S 2 bereits wie § 1763 Abs 2 die Bestimmung, daß das Annahmeverhältnis zu nur einem Adoptivelternteil aufgehoben werden kann –, was zT erklärt, weshalb diese fragwürdige Regelung (s oben Rz 1) Eingang in das AdoptG v 1976 gefunden hat (vgl BT-Drucks 7/3061, 50 zu § 1763 Abs 1).

III. Voraussetzungen der Aufhebung

1. Allgemeines

3

Da eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses nach § 1763 grds eine Zweitadoption ermöglichen (s oben Rz 1) und im Falle des Abs 3 lit a Alt 1 wenigstens eine Veränderung der statusmäßigen Zuordnung bewirken soll, fragt es sich, ob die in Abs 1 normierten Aufhebungsvoraussetzungen nicht an § 1748 zu messen sind. In den Gesetzesmaterialien wird diese Frage ebensowenig wie in Rspr u Lit mit der erforderlichen Klarheit angesprochen. Vor der Reform v 1976 war die Aufhebung in § 1770 a S 1 aF unter leichteren Voraussetzungen möglich als die Ersetzung der elterl Einwilligung nach § 1747 Abs 3 idF d FamRÄndG v 1961 und später nach § 1747 a idF d Vorabnovelle v 1973 (zur Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung vgl § 1748 Rz 3). Damals war indessen eine Differenzierung auch verständlich, weil in § 1770 a S 1 aF eine dem heutigen § 1763 Abs 3 entsprechende Regelung fehlte. Seit der Reform v 1976 ist jedoch kein überzeugender Grund zu finden, weshalb die Aufhebungsvoraussetzungen in § 1763 andere sein sollten als die Ersetzungsvoraussetzungen in § 1748. Zwar läßt sich der unterschiedliche Wortlaut v § 1763 Abs 1 und § 1748 nicht einfach hinweginterpretieren. Insbes enthält § 1763 Abs 1 keine dem § 1748 Abs 2 entsprechende Fristenregelung. Aber die Generalklausel des § 1763 Abs 1 ermöglicht weitgehend eine **Anpassung der Wertungen an die Parallelwertung des § 1748** (vgl auch ERMAN-HOLZHAUER Rz 4). – Gegen die hier vertretene Auffassung könnte man anführen, daß eine Parallelwertung zwischen § 1763 Abs 1 einerseits und § 1748 andererseits sich deshalb verbiete, weil eine Aufhebung nach § 1763 nicht notwendigerweise gegen den Willen der Adoptivelterne erfolgen muß. Wünschen jedoch die Adoptivelterne eine Beendigung des Annahmeverhältnisses, und sind neue geeignete Adoptivelterne bereit, die Verantwortung für das Kind zu übernehmen, so wird idR eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes auch erforderlich sein, so daß sich in diesem Falle die Parallele v § 1763 Abs 1 zwar nicht zu § 1748, wohl aber zu § 1747 ziehen läßt.

2. Aufhebungsvoraussetzungen nach Abs 1

a) Minderjährigkeit des Kindes

4

Der schwerwiegende Eingriff in das Annahmeverhältnis läßt sich nur solange rechtfertigen, als das angenommene Kind in erhöhtem Maße schutzbedürftig ist. Deshalb ist die Aufhebung des Annahmeverhältnisses nach dem klaren Wortlaut des Abs 1 nur **während der Minderjährigkeit** des Kindes möglich. **Nach Eintritt der Volljährigkeit** kann das zu einem Minderjährigen begründete Annahmeverhältnis auch nicht nach § 1771 S 1 aufgehoben werden, weil es nicht „zu einem Volljähri-

gen begründet worden ist“ (Näheres unter § 1771 Rz 5). Zur Problematik, daß nach einer Minderjährigenadoption eine Zweitadoption des inzwischen volljährig Gewordenen a limine ausgeschlossen ist, vgl § 1742 Rz 11.

- 5 Maßgeblicher Zeitpunkt für die Minderjährigkeit** ist entgegen einer früher verbreiteten Ansicht (Nachw Vorauf § 1770 a aF Rz 6) nach heute allgM nicht das Wirksamwerden des Aufhebungsbeschlusses mit Eintritt der Rechtskraft gem § 56 f Abs 3 FGG, sondern der Erlaß der Entscheidung in der letzten Tatsacheninstanz (OLG Hamm NJW 1981, 2762, 2763 = FamRZ 1981, 498, 500; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 11; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 3; SOERGEL-LIERMANN Rz 3).

6 b) Schwerwiegende Gründe

„Schwerwiegende Gründe“ sind insbes **Verhaltensweisen der Eltern iS v § 1748**, die im Interesse des Kindes eine Beendigung des Annahmeverhältnisses erforderlich machen. Auf ein **Verschulden** der Adoptiveltern kommt es (wie im Falle des § 1748) nicht an (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 3; SOERGEL-LIERMANN Rz 7).

- 7 Enttäuschte Erwartungen der Adoptiveltern bezügl der Entwicklung des Eltern-Kind-Verhältnisses** (Erziehungsschwierigkeiten, Entwicklungsrückstand oder schwere geistige Erkrankung des Kindes) stellen keinen Aufhebungsgrund dar. Das Ges kennt keine Aufhebung des Annahmeverhältnisses im Interesse der Eltern (BT-Drucks 7/3061, 26 f; vgl auch schon KG FamRZ 1961, 85). Der nachhaltige Wunsch der Adoptiveltern, das Annahmeverhältnis zu beenden, und die fehlende Bereitschaft, sich des Kindes in der erforderlichen Weise anzunehmen, können jedoch iVm dem Vorhandensein einer Surrogatbeziehung iS v Abs 3 durchaus eine Aufhebung im Interesse des Kindes rechtfertigen (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; ERMAN-HOLZHAUER Rz 3). Entgegen AG Arnsberg (FamRZ 1987, 1194) stellt auch die Tötung eines Adoptivelternteils per se keinen schwerwiegenden Grund dar, der die Aufhebung des Annahmeverhältnisses *zum Wohl des Kindes* erforderlich macht. Der schwerwiegende Grund ist vielmehr die (verständlicherweise) fehlende Bereitschaft des überlebenden Adoptivelternteils, die Erziehung des Kindes unter den genannten Voraussetzungen fortzuführen, wobei auch hier eine Aufhebung nur möglich ist, wenn nach Abs 3 Ersatzeltern bereit sind, sich des Kindes anzunehmen.

- 8 Die Scheidung der Ehe der Adoptiveltern** bildet für sich allein keinen schwerwiegenden Grund, das Annahmeverhältnis zu einem der Ehegatten aufzuheben (BayObLGZ 1979, 386 = FamRZ 1980, 498 = DAVorm 1980, 39; BayObLGZ 1968, 142 = NJW 1968, 1528 = FamRZ 1968, 485). Entsprechendes gilt im Falle des Getrenntlebens. Das Familiengericht hat vielmehr die nach §§ 1671, 1672 erforderlichen Regelungen zu treffen. Die gewünschte Gleichstellung des Adoptivkindes mit dem leibl Kind erfordert es, daß die Adoptiveltern – wie die leibl Eltern – dem Kind auch nach dem Scheitern der Ehe die notwendige Sorge angedeihen lassen und sich nicht aus der einmal übernommenen Verantwortung lösen (BayObLGZ 1979, 386, 393 = FamRZ 1980, 498, 500 = DAVorm 1980, 39, 44). Gegen die an sich mögliche Aufhebung des Annahmeverhältnisses zu nur einem Adoptivelternteil (Abs 2 iVm Abs 3 lit a Alt 1) spricht vor allem auch der drohende Verlust von Unterhalts- und Erb- bzw Pflichtteilsansprüchen (vgl § 1764 Abs 5).

- 9 Wirtschaftliche Gründe** können eine Aufhebung niemals rechtfertigen (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 3 b; BayObLGZ 1979, 386, 394 = FamRZ 1980, 498, 501 = DAVorm 1980, 39, 45). Dies gilt entgegen LG Mannheim (DAVorm 1972, 291 = MDR 1973, 227) auch dann, wenn die Mutter ihr eigenes nichtehel Kind zunächst adoptiert hat und durch eine Aufhebung dem Kind wieder zu Unterhaltsansprüchen gegen den leibl Vater verhelfen will. Da es sich hier

de facto um eine Rückadoption des Kindes durch seinen Vater handelt (s oben Rz 1), kommt eine Aufhebung nur in Betracht, wenn Mutter und Vater dies wünschen, oder wenn im Falle eines nachhaltigen erzieherischen Versagens der Mutter (§ 1748) der Vater nach § 1763 Abs 3 lit a Alt 2 bereit ist, die Pflege und Erziehung des Kindes zu übernehmen.

Scheinadoptionen (aus steuer-, namens-, ausländerrechtl oder ähnl Gründen) unterliegen der Aufhebung nach § 1763, wenn die Herstellung des Eltern-Kind-Verhältnisses weiterhin nicht beabsichtigt ist (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 10; vgl auch OLG Frankfurt FamRZ 1982, 848). Eine Aufhebung setzt allerdings auch hier die Existenz einer Surrogatbeziehung nach Abs 3 voraus. Hat der Angenommene nach der Annahme das Volljährigkeitsalter erreicht, so kann das Annahmeverhältnis nicht mehr aufgehoben werden (vgl § 1771 Rz 5).

c) Wohl des Kindes

11

Oberste Richtschnur einer Entscheidung nach § 1763 ist das Wohl des Kindes. Die Existenz schwerwiegender Gründe – mögen diese isoliert betrachtet noch so gravierend sein – vermag deshalb eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses allein nicht zu rechtfertigen. Eine Gesamtwürdigung der Umstände kann ergeben, daß der Fortbestand des Annahmeverhältnisses für das Kind immer noch die relativ beste Lösung ist. So können unterhalts- und erbrechtl Überlegungen im Einzelfall durchaus für die Aufrechterhaltung der Adoption sprechen (so OLG Frankfurt FamRZ 1982, 848 für einen Fall, in dem Mutter und Tochter von der gleichen Person jeweils als Kind angenommen worden waren und später gegen den Willen der leibl Eltern das Annahmeverhältnis zur Tochter gelöst werden sollte).

Obwohl die Surrogatbeziehungen in Abs 3 selbständig neben den Aufhebungsvoraussetzungen des Abs 1 angesprochen sind, kann die Frage, ob eine Aufhebung dem Wohl des Kindes dient, nur beantwortet werden, wenn in einem Abwägungsprozeß geklärt wird, welche Entwicklungschancen das Kind in der Familie oder Teilfamilie haben wird, der es infolge der Aufhebung zugeordnet wird oder im Falle einer Zweitadoption (Abs 3 lit b) zugeordnet werden soll.

d) Erforderlichkeit

12

Erforderlich ist die Aufhebung des Annahmeverhältnisses nur dann, wenn andere Mittel nicht genügen, um das bedrohte Kindeswohl zu schützen. Gegen den Willen der Annehmenden kommt deshalb eine **Aufhebung nur als ultima ratio** in Betracht (BT-Drucks 7/3061, 26; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 3; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1; aA BAUR FamRZ 1962, 508, 513 zu § 1770 a aF; unklar ERMAN-HOLZHAUER Rz 4). Maßnahmen nach §§ 1666, 1667 haben Vorrang. Wünschen die Adoptiveltern eine Beendigung des Annahmeverhältnisses, und sind geeignete Adoptiveltern bereit, die Verantwortung zu übernehmen (Abs 3), so dürfte jedenfalls bei kleineren Kindern eine Aufhebung in aller Regel deren wohlverstandenen Interesse dienen. Zweitadoptionen lassen sich eben entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers (§ 1742) nicht verhindern, wenn das Wohl des Kindes wirklich oberstes Gebot ist. Wer die elterl Einwilligung in die Adoption (§ 1747) weniger als ein „Verfügen“ denn als ein Indiz für die Schutzbedürftigkeit des Kindes sieht (vgl dazu FRANK 156), sollte keine Schwierigkeiten haben, eine Aufhebung von Amts wegen in diesem Falle zu befürworten.

3. Aufhebungsvoraussetzungen nach Abs 3

13 a) Allgemeines

Die Regelung des Abs 3 soll verhindern, daß das Kind zu einem „Niemandskind“ wird. Die Aufhebung kann dem Kindesinteresse nicht entsprechen, wenn sie lediglich dazu führt, das Kind aus der durch Annahme begründeten Familienbeziehung zu lösen. Daher ist die Aufhebung nur zulässig, wenn die vorhandene Familienbeziehung mindestens teilweise bestehenbleibt, die leibl Familienbeziehung wiederhergestellt oder eine neue Adoptivbeziehung geschaffen wird (BT-Drucks 7/3061, 26). Krit zum Normzweck des § 1763 oben Rz 1.

- 14** Abs 3 enthält eine **abschließende Regelung**. Eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses kommt deshalb nicht in Betracht, **wenn eine Surrogatbeziehung** iS dieser Bestimmung **fehlt** (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 13; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1). Die gegenteilige Ansicht von ROTH-STIELOW (Rz 7 u 8) und SOERGEL-LIERMANN (Rz 4 u 12) widerspricht nicht nur dem klaren Gesetzeswortlaut, sondern auch der Grundwertung, die das geltende Familienrecht mit der Unaufhebbarkeit leibl Eltern-Kind-Verhältnisse geschaffen hat. Der Fall, daß einem Kind durch die Fortsetzung des Annahmeverhältnisses ein schwerer Schaden droht, dem durch Maßnahmen nach § 1666 nicht begegnet werden kann, ist offensichtlich theoretischer Natur. Kommt bei leibl Kindern eine Adoption nicht in Betracht, so besteht das Eltern-Kind-Verhältnis fort, ohne daß bislang die Notwendigkeit einer ersatzlosen Aufhebung dieser Beziehung dargetan worden wäre. – Sollten Annehmender und Angenommener die **Eheschließung** anstreben, was nach § 7 Abs 1 S 2 EheG erst nach Auflösung des Annahmeverhältnisses möglich wäre (vgl auch § 1766), so gilt nichts anderes. Eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses mit dem Ziel, dem minderjährigen(!) Angenommenen die Eheschließung mit dem Annehmenden zu ermöglichen, kann seinem Wohl nicht dienen (so zutr MünchKomm-LÜDERITZ Rz 9 gegen SOERGEL-LIERMANN Rz 8 u ROTH-STIELOW Rz 7 u 8).

15 b) Die Regelung des Abs 3 lit a Alt 1

Abs 3 lit a Alt 1 bezieht sich auf die in Abs 2 vorgesehene Möglichkeit, das Annahmeverhältnis nur gegenüber einem der annehmenden Ehegatten aufzuheben. Näheres zu Abs 2 unten Rz 23 f. Abs 3 lit a Alt 1 erlaubt eine Teilaufhebung nur dann, wenn der **andere Ehegatte bereit** ist, die **Pflege und Erziehung des Kindes zu übernehmen**. Die Regelung ist entbehrlich, weil selbstverständlich. Wäre auch der andere Ehegatte nicht willens oder in der Lage, die Pflege und Erziehung zu übernehmen, so müßte das Annahmeverhältnis in toto aufgehoben werden. Eine persönliche Pflege und Erziehung sieht Abs 3 a Alt 1 nicht vor. Der Gesetzgeber wollte mit der Regelung des Abs 3 lit a Alt 1 klarstellen, daß eine Aufhebung nur möglich ist, wenn die Zuordnung des Kindes zu wenigstens einem Elternteil gewährleistet ist, der bereit ist, Verantwortung zu tragen (BT-Drucks 7/3061, 49 f).

- 16** Ob sich die zusätzliche Voraussetzung des Abs 3 lit a („und wenn die Ausübung der elterl Sorge durch ihn dem Wohl des Kindes nicht widersprechen würde“) auch auf die 1. Alt v Abs 3 lit a bezieht, mag zweifelhaft sein. Aus der Entstehungsgeschichte ergeben sich keine Hinweise. Die Regelung ist wegen § 1764 Abs 4 sicher in erster Linie auf die 2. Alt v Abs 3 lit a bezogen. Hinsichtlich der 1. Alt dürfte der Gesetzgeber davon ausgegangen sein, daß eine entsprechende Prüfung entweder bereits im Rahmen der §§ 1671, 1672 stattgefunden hat oder jedenfalls kein Anlaß besteht, an der Befähigung des anderen Ehegatten zur Ausübung des Sorgerechts zu zweifeln. Indessen ändert sich am Ergebnis nichts, wenn der Nachsatz auch auf Abs 3 lit a Alt 1 bezogen wird.

c) Die Regelung des Abs 3 lit a Alt 2

17

Abs 3 lit a Alt 2 ist die korrespondierende Regelung zu § 1764 Abs 3 u 4; denn mit jeder Aufhebung eines Annahmeverhältnisses geht das Wiederaufleben der ursprüngl Verwandtschaftsbeziehungen einher, und das (vorübergehend) selbst dann, wenn die Aufhebung nur eine neue Adoption durch Dritte ermöglichen soll. Eine Aufhebung, um das Kind auf Dauer wieder seiner leibl Verwandtschaft zuzuordnen, kommt nach Abs 3 lit a Alt 2 iVm § 1764 Abs 4 nur in Betracht, wenn wenigstens ein leibl Elternteil bereit ist, die Pflege und Erziehung des Kindes zu übernehmen, und wenn die Ausübung der elterl Sorge durch ihn dem Wohl des Kindes nicht widersprechen würde. Die Voraussetzungen von Abs 3 lit a Alt 2 können nur bejaht werden, wenn sich im Vergleich zum Zeitpunkt der Aufhebung die Erziehungsfähigkeit oder die Lebensumstände auf seiten des leibl Elternteils merklich gebessert haben.

Fraglich ist, ob ein Fall des Abs 3 lit a Alt 2 auch dann vorliegt, wenn eine **Stiefkindadoption** nach dem Scheitern der Ehe zwischen Stiefelternteil und leibl Elternteil aufgehoben werden soll. Wird bei Wiederheirat des leibl Elternteils eine erneute Stiefkindadoption angestrebt, so liegt ohne Zweifel ein Fall des Abs 3 lit b vor (OLG Celle FamRZ 1982, 197). Auch ohne angestrebte Zweitadoption wird man jedoch der ratio des Abs 3 entsprechend die Möglichkeit einer Aufhebung bejahen müssen; denn „ein leiblicher Elternteil“ ist ja bereit, Pflege und Erziehung des Kindes zu übernehmen, auch wenn es der Elternteil ist, der schon bisher (Mit-) Inhaber des Sorgerechts war. Entscheidend dürfte sein, daß der Gesetzgeber im Falle einer gemeinsamen Adoption durch ein Ehepaar die Aufhebung des Annahmeverhältnisses zu nur einem Ehegatten in Abs 3 lit a Alt 1 gestattet (vgl BayObLGZ 1979, 386 = FamRZ 1980, 498 = DAVorm 1980, 39, wo die Möglichkeit einer Teilaufhebung als unproblematisch angesehen wurde, weil die leibl Mutter ihr Kind zusammen mit dem Stiefvater adoptiert hatte). Dann sollte auch die Aufhebung der (gesamten) Stiefkindadoption möglich sein, wenn der leibl Elternteil bereit ist, die Pflege und Erziehung des Kindes allein zu übernehmen. Fast unerträglich aber bleibt die Konsequenz, daß mit der Aufhebung der Stiefkindadoption die Rechtsbeziehungen des Kindes zum anderen leibl Elternteil, die aufgrund der Stiefkindadoption erloschen waren, nach § 1764 Abs 3 (vgl dort Rz 12) ohne dessen Zutun wiederaufleben. Da es sich wegen der Wiederzuordnung des Kindes zum anderen leibl Elternteil zwar nicht de iure, wohl aber de facto um eine Art Rückadoption handelt, sollte man ohne Einverständnis des anderen leibl Elternteils eine Aufhebung der Stiefkindadoption grds nicht befürworten.

Unter Abs 3 lit a Alt 2 fällt auch die **Aufhebung der Adoption des eigenen nicht-ehel Kindes durch seine Mutter**, sofern mit der Aufhebung die natürlichen Verwandtschaftsverhältnisse wiederhergestellt werden sollen. Eine Aufhebung, die nur dazu dienen soll, dem Kind wieder zu Unterhaltsansprüchen gegen den Vater zu verhelfen, die mit der Adoption verlorengegangen waren, sollte jedoch gegen den Willen des Vaters unterbleiben (s oben Rz 9).

d) Die Regelung des Abs 3 lit b

20

Abs 3 lit b ist die korrespondierende Vorschrift zu § 1742 und betrifft die Fälle, in denen bei einer gemeinschaftlichen Adoption das Annahmeverhältnis zu beiden Ehegatten oder bei einer Einzeladoption (auch Stiefkindadoption) zum alleinannehmenden Ehegatten aufgehoben wird. Zur Aufhebung des Annahmeverhältnisses gegenüber nur einem Ehegatten bei Vorversterben des anderen vgl § 1764 Rz 15.

Es genügt nicht, daß nach der Aufhebung des Annahmeverhältnisses eine erneute **Adoption** nur möglich wäre. **Die neue Adoption muß vielmehr so vorbereitet sein,**

daß an ihrem Zustandekommen ernstlich nicht gezweifelt werden kann (vgl. BT-Drucks 7/3061, 50; ERMAN-HOLZHAUER Rz 6; zu weitgehend BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 12). Allerdings braucht das Kind von den neuen Adoptiveltern noch nicht in Pflege genommen worden zu sein. Die erneute Annahme ist erst zulässig, wenn der Aufhebungsbeschluß in Rechtskraft erwachsen, dh die Frist für die sofortige Beschwerde verstrichen ist (§§ 56 f Abs 3 iVm 60 Abs 1 Nr 6, 22 Abs 1 FGG). Trotzdem können Aufhebungs- und neuer Adoptionsbeschluß in einer Entscheidung ergehen, wenn im konkreten Fall eine Beschwerdemöglichkeit ausscheidet, weil alle Beteiligten einer **Verbindung von Aufhebung und Zweitadoption** zugestimmt haben (AG Arnsberg FamRZ 1987, 1194, 1195).

- 22 Da die Aufhebung des Annahmeverhältnisses nach § 1764 Abs 3 das natürliche Verwandtschaftsverhältnis – wenn auch nur für kurze Zeit – wiederaufleben läßt, müssen die leibl Eltern gem § 1747 in die Zweitadoption einwilligen (Näheres § 1742 Rz 7).

23 IV. Teilaufhebung (Abs 2)

Abs 2 ermöglicht die Teilaufhebung des Annahmeverhältnisses gegenüber nur einem Ehegatten nach gemeinschaftlicher Adoption. Abs 2 erfaßt auch den Fall, daß die **Mutter ihr eigenes nichtehel Kind zusammen mit ihrem Ehemann adoptiert** hat (vgl. BayObLGZ 1979, 396 = FamRZ 1980, 498 = DAVorm, 1980, 39). Zu den Wirkungen der Teilaufhebung vgl § 1764 Rz 14 ff.

- 24 Die Regelung des Abs 2 hat mehr als nur klarstellende Funktion (so aber BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 9 und MünchKomm-LÜDERITZ Rz 12); denn bei leibl ehel Kindern kennt das Ges eine entsprechende Regelung nicht, weil hier die einseitige Ausgrenzung eines Elternteils durch den anderen ausgeschlossen ist (s oben Rz 1). Wenn aber bei leibl Kindern eine dem Abs 2 entsprechende Regelung vom Gesetzgeber nicht für notwendig erachtet wurde, erscheint es fraglich, ob es überhaupt Fälle gibt, in denen zum Schutze von Adoptivkindern eine **Teilaufhebung „erforderlich“** iS v Abs 1 ist. IdR müßten Maßnahmen nach §§ 1666, 1667 wie bei leibl Kindern ausreichen. Das gilt jedenfalls für den Normalfall der gemeinschaftlichen Adoption eines familienfremden Kindes, weil hier die Teilaufhebung nur zum Erlöschen von Rechtsbeziehungen zu einem Elternteil und dessen Verwandten (§ 1764 Abs 5), nicht aber zum Wiederaufleben natürlicher Verwandtschaftsbeziehungen führt. Anders ist die Rechtslage, wenn die Mutter ihr nichtehel Kind zusammen mit ihrem Ehemann adoptiert hat und nach dem Scheitern der Ehe eine Teilaufhebung zwischen dem Kind und seinem Stiefvater betrieben wird. Hier würden nämlich mit der Teilaufhebung die Rechtsbeziehungen zwischen dem leibl Vater und dessen Verwandten einerseits und dem Kind andererseits wieder erstehen (vgl § 1764 Rz 17). Da die Teilaufhebung in diesem Sonderfall eine Art Rückadoption durch den Vater bewirkt, kann sie durchaus sinnvoll sein, wenn der Vater mit der Teilaufhebung einverstanden ist.

25 V. Verfahren und Übergangsrecht

Zum Verfahren s § 1759 Rz 19 ff.

Auch auf Adoptionen, die nach altem Recht begründet wurden, wird § 1763 angewandt (vgl. Art 12 § 2 Abs 2 S 1 AdoptG). Hat allerdings eine der in Art 12 § 2 Abs 2 S 2 AdoptG genannten Personen widersprochen, so sind nur die Abs 1 u 2 des § 1763, nicht aber dessen Abs 3 anwendbar, was iE für diese Annahmeverhältnisse auf eine Perpetuierung des § 1770 a F hinausläuft (Art 12 § 3 Abs 2 S 3 AdoptG; vgl. auch Vorbem 66 zu § 1741).

§ 1764

Die Aufhebung wirkt nur für die Zukunft. Hebt das Vormundschaftsgericht das Annahmeverhältnis nach dem Tod des Annehmenden auf dessen Antrag oder nach dem Tod des Kindes auf dessen Antrag auf, so hat dies die gleiche Wirkung, wie wenn das Annahmeverhältnis vor dem Tod aufgehoben worden wäre.

Mit der Aufhebung der Annahme als Kind erlöschen das durch die Annahme begründete Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den bisherigen Verwandten und die sich aus ihm ergebenden Rechte und Pflichten.

Gleichzeitig leben das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den leiblichen Verwandten des Kindes und die sich aus ihm ergebenden Rechte und Pflichten, mit Ausnahme der elterlichen Sorge, wieder auf.

Das Vormundschaftsgericht hat den leiblichen Eltern die elterliche Sorge zurückzuübertragen, wenn und soweit dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht; andernfalls bestellt es einen Vormund oder Pfleger.

Besteht das Annahmeverhältnis zu einem Ehepaar und erfolgt die Aufhebung nur im Verhältnis zu einem Ehegatten, so treten die Wirkungen des Absatzes 2 nur zwischen dem Kind und seinen Abkömmlingen und diesem Ehegatten und dessen Verwandten ein; die Wirkungen des Absatzes 3 treten nicht ein.

BT-Drucks 7/3061, 50 f, 77, 86; BT-Drucks 7/5087, 20 f.

Systematische Übersicht

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte 1	IV. Wiederaufleben der leiblichen Verwandtschaft 10
II. Ex-nunc-Wirkung der Aufhebung 1. Regelfall (Abs 1 S 1) 4 2. Ausnahme (Abs 1 S 2) 5	V. Elterliche Sorge 13
III. Erlöschen der Adoptivverwandtschaft 7	VI. Aufhebung des Annahmeverhältnisses zu einem Elternteil 14

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1

Das AdoptG v 1976 hat zwar die Möglichkeit, ein Annahmeverhältnis aufzuheben, erheblich eingeschränkt (vgl § 1759 Rz 2 f), die Wirkungen der Aufhebung sind aber im wesentlichen gleich geblieben: Auch nach altem Recht wirkte die Aufhebung ex nunc; die durch die Adoption neu begründeten Rechtsbeziehungen erloschen; das Kind wurde, soweit die Adoption überhaupt zu einem Abbruch der Rechtsbeziehungen geführt hatte, wieder der Ursprungsfamilie zugeordnet (vgl Vorauf § 1772 Rz 1 ff). Mängel beim Zustandekommen der Adoption führten indessen anders als bei § 1760 nF unter der Herrschaft des Vertragssystems nicht zur Aufhebbarkeit, sondern zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Annahmevertrags (vgl § 1760 Rz 2), beseitigten also das Annahmeverhältnis mit Rückwirkung.

§ 1764 gilt in gleicher Weise für eine **Aufhebung** nach § 1760 **bei anfänglichem 2 Mangel** wie auch nach § 1763 **bei nachträglichem Scheitern**. Bei einer Aufhebung wegen eines anfänglichen Mangels ist es verständlich, wenn der Gesetzgeber das Wiederaufleben der ursprüngl Verwandtschaft in Abs 3 anordnet, während bei nachträglichem Scheitern diese Lösung eher überrascht. Daß auch hier das Kind durch eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses wieder – wenn auch in Fällen einer angestrebten Zweitadoption (§ 1763 Abs 3 b) nur vorübergehend – in seine Ursprungsfamilie eingegliedert wird, hat seinen Grund in dem traditionellen Bestre-

ben des deutschen Rechts, das Entstehen familienloser „Niemandskinder“ zu verhindern (BT-Drucks 7/3061, 50) – ein Bestreben, das andere Rechtsordnungen nicht in gleicher Weise kennen, weil eine familiäre Zuordnung, die von Eltern und sonstigen Verwandten nicht gewünscht wird, für das Kind im allg nur von bescheidenem (finanziellem) Interesse ist.

- 3 Für den **Familiennamen** des Kindes nach Aufhebung enthält § 1765 eine eigene Regelung.

§ 1764 gilt wegen der Verweisung in § 1767 Abs 2 auch für die Aufhebung einer **Erwachsenenadoption** (§ 1771). Allerdings kann eine zu einem Minderjährigen begründete Adoption nach Erreichung des Volljährigkeitsalters nicht mehr aufgehoben werden (vgl dazu § 1771 Rz 5).

II. Ex-nunc-Wirkung der Aufhebung

4 1. Regelfall (Abs 1 S 1)

Nach Abs 1 S 1 wirkt die Aufhebung nur für die Zukunft (ex nunc). Selbst gravierende Mängel beim Zustandekommen der Adoption (§ 1760) ändern nichts daran, daß das neu begründete Statusverhältnis bis zu seiner Aufhebung Bestand hat. Aufgehoben ist die Adoption mit der **Rechtskraft des Aufhebungsbeschlusses** (§ 56 f Abs 3 FGG).

Wird auf die **Verfassungsbeschwerde** eines Betroffenen hin der Annahmebeschuß wegen der Verletzung rechtl Gehörs (Art 103 Abs 1 GG) aufgehoben, so wirkt auch diese Entscheidung entgegen § 95 Abs 2 BVerfGG nur ex nunc (vgl § 1759 Rz 13).

5 2. Ausnahme (Abs 1 S 2)

Eine Ausnahme vom Grundsatz des Abs 1 S 1 enthält Abs 1 S 2. Der Aufhebungsbeschuß wirkt auf die Zeit vor dem Tod des Annehmenden zurück, wenn dieser die Aufhebung beantragt, also zu erkennen gegeben hat, daß er an dem Annahmeverhältnis nicht mehr festhalten will. Nach dem Vorbild des § 1933 wird das Erbrecht des Kindes rückwirkend beseitigt (zu den erbrechtl Folgen im einzelnen ROTH 256 f). Entsprechendes gilt, wenn das Kind verstirbt, nachdem es den Aufhebungsantrag gestellt hat. Das Datum, auf das die Aufhebung zurückbezogen wird, ist im Gerichtsbeschuß anzugeben (BRÜGGEMANN DAVorm 1987, 563, 565). Für die Antragstellung vor dem Tod gilt § 1753 Abs 2 entsprechend (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 9; SOERGEL-LIERMANN Rz 5).

- 6 Abs 1 S 2 regelt nur, wann ausnahmsweise die Aufhebung einer Adoption ex tunc wirkt, sagt aber nichts darüber aus, unter welchen Voraussetzungen – von Abs 1 S 2 abgesehen – nach dem Tod eines Beteiligten eine Aufhebung mit ex-nunc-Wirkung möglich ist (BT-Drucks 7/3061, 50). **Ist das Kind verstorben**, so kann die Aufhebung des Annahmeverhältnisses *seinem* Wohl nicht mehr dienen. Eine Aufhebung nach § 1763 scheidet deshalb aus. Dagegen kommt ausnahmsweise eine Aufhebung bei anfänglichem Mangel der Annahme (§ 1760) in Betracht, wenn der Angenommene Abkömmlinge hinterläßt (vgl MünchKomm-LÜDERITZ § 1760 Rz 21; BT-Drucks 7/3061, 50; aA BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 9; ERMAN-HOLZHAUER Rz 3). **Ist der Annehmende verstorben**, so kann das Annahmeverhältnis sowohl auf Antrag des Kindes als auch auf Antrag eines leibl Elternteils aufgehoben werden, weil auf diese Weise das Kind gem § 1764 Abs 3 wieder in seine Ursprungsfamilie eingegliedert wird (OBERLOSKAMP 207; MünchKomm-LÜDERITZ § 1760 Rz 21; BT-Drucks 7/3061,

8. Titel. Annahme als Kind

50; **aA** BGB-RGRK-DICKESCHEID Rz 9 u 10; ERMAN-HOLZHAUER Rz 3). Aus dem gleichen Grund ist in Ausnahmefällen sogar eine Aufhebung nach § 1763 denkbar, wenn zB ein Aufhebungsverfahren mit dem Ziel der Wiedereingliederung des Kindes in seine leibl Familie (§ 1763 Abs 3 a) beim Tode des Annehmenden schon eingeleitet war. **Ist ein leibl Elternteil verstorben**, so bleibt sein Antrag entsprechend § 1753 Abs 2 iVm § 130 wirksam; eine Erledigung des Verfahrens tritt nicht ein (MünchKomm-LÜDERITZ § 1762 Rz 8; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1; BT-Drucks 7/3061, 50; **aA** BGB-RGRK-DICKESCHEID Rz 9). Auch auf späteren Antrag des Annehmenden oder Angenommenen kann das Annahmeverhältnis aufgehoben werden (§ 1750); ebenso ist eine Aufhebung nach § 1763 möglich.

III. Erlöschen der Adoptivverwandtschaft

7

Nach Abs 2 erlöschen mit der Aufhebung des Annahmeverhältnisses die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kind und seinen Abkömmlingen einerseits und den Adoptiveltern und deren Verwandten andererseits. Abs 2 ist das Gegenstück zu § 1755 Abs 1 S 1, der mit der Adoption die Rechtsbeziehungen des Kindes und seiner Abkömmlinge zur Ursprungsfamilie erlöschen läßt. Eine § 1755 Abs 1 S 2 entsprechende Regelung fehlt in § 1764 Abs 2. Die Gefahr, daß ein Kind durch die Aufhebung der Annahme Ansprüche auf Renten, Waisengeld ua wiederkehrende Leistungen einbüßt, ist indessen gering. Sind beide Adoptiveltern verstorben, so kommt eine Aufhebung mit ex-nunc-Wirkung nur in Ausnahmefällen in Betracht (s oben Rz 6); ist nur ein Adoptivelternteil verstorben, so läßt die Aufhebung des Annahmeverhältnisses gegenüber dem Überlebenden die Rechtsbeziehungen zum Verstorbenen und dessen Verwandten unberührt (s unten Rz 14).

Da die Aufhebung ex nunc wirkt, entfällt für früher erbrachte Leistungen, insbes 8 Unterhaltsleistungen, nicht der Rechtsgrund. Bei erheblichen Zuwendungen der Adoptiveltern kann im Einzelfall eine Korrektur nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, bei Zuwendungen, die als Erbabfindung gedacht waren, eine Kondiktion wegen Zweckverfehlung (§ 812 Abs 1 S 2 Alt 2) in Betracht kommen. Bei letztwilligen Verfügungen von Adoptiveltern oder Adoptivverwandten zugunsten des Kindes ist unter den Voraussetzungen des § 2078 Abs 2 eine Anfechtung möglich. Eine entsprechende Anwendung des § 2077 scheidet indessen aus (FLIK BWNotZ 1980, 132; OBERLOSKAMP 207; **aA** ERMAN-HOLZHAUER Rz 8).

Das Erlöschen der Adoptivverwandtschaft schließt nicht aus, daß die Adoption in 9 einzelnen Beziehungen über die Aufhebung hinaus fortwirkt. So bleiben frühere Adoptivverwandte eines Verfahrensbeteiligten weiterhin von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen (§§ 41 Nr 3 ZPO, 22 Nr 3 StPO, 54 Abs 1 VwGO), und auch das Zeugnisverweigerungsrecht überdauert die Aufhebung des Annahmeverhältnisses (§§ 383 Abs 1 Nr 3 ZPO, 52 Abs 1 Nr 3 StPO, 98 VwGO). Das Kind behält die durch Adoption erworbene deutsche Staatsangehörigkeit (§§ 6, 17 RuStAG).

IV. Wiederaufleben der leiblichen Verwandtschaft

10

Mit der Aufhebung des Annahmeverhältnisses leben die rechtl Beziehungen des Kindes und seiner Abkömmlinge zur Ursprungsfamilie wieder auf. Ein ehel Kind erlangt also wieder die Rechtsstellung eines ehel, ein nichtehel die eines nichtehel Kindes. Haben die leibl Eltern eines nichtehel Kindes inzwischen geheiratet, so erlangt das Kind mit der Aufhebung nach § 1719 S 2 die rechtl Stellung eines ehel Kindes.

Für die elterl Sorge gilt nicht Abs 3, sondern Abs 4.

- 11** Die **Regelung** des Abs 3 ist **problematisch**, falls das Annahmeverhältnis nur aufgehoben wird, um eine Zweitadoption zu ermöglichen (§ 1763 Abs 3 b). Werden Aufhebung und Zweitadoption in einer Entscheidung zusammengefaßt (vgl AG Arnsberg FamRZ 1987, 1194), so beschränkt sich das Wiederaufleben der natürlichen Verwandtschaft auf eine „logische Sekunde“. Der Gesetzgeber wollte mit der Regelung des Abs 3 um jeden Preis verhindern, daß ein Kind durch die Aufhebung zum „Niemandskind“ wird (s oben Rz 2). Für den Fall einer angestrebten Zweitadoption hat indessen Abs 3 die mißliche, aber unausweichliche Konsequenz, daß die Mutter des nichtehel und die Eltern des ehel Kindes erneut nach § 1747 in die Adoption einwilligen müssen und bei verweigerter Einwilligung eine Ersetzung nach § 1748 die Zweitadoption erheblich verzögern kann (vgl § 1742 Rz 7).
- 12** Der Wortlaut des Abs 3 stellt klar, daß bei der Aufhebung einer Zweitadoption nicht die Rechtsbeziehungen zu früheren Adoptivverwandten, sondern immer nur die zu den leibl Verwandten wiederaufleben (Näheres BT-Drucks 7/5087, 20 f). Zum Wiederaufleben der verwandtschaftl Beziehungen zur Ursprungsfamilie im Falle einer **Stiefkindadoption** vgl unten Rz 16.

Ein Vertrag, durch den ein nichtehel Kind von seinem Vater im Hinblick auf die bevorstehende Adoption mit einer verhältnismäßig geringen Summe unterhaltsrechtl abgefunden wurde (§ 1615 e), kann nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage keinen Bestand haben, wenn das Annahmeverhältnis später wieder aufgehoben wird (LG Köln DAVorm 1977, 134).

Letztwillige Verfügungen der leibl Eltern (oder Großeltern), in denen das durch die Aufhebung der Adoption wieder pflichtteilsberechtigte Kind (Enkelkind) übergangen wurde, sind nach Maßgabe des § 2079 anfechtbar (FLIK BWNotZ 1980, 132, 133).

13 V. Elterliche Sorge

Abs 3 gliedert das Kind zwar mit der Aufhebung rechtl wieder in seine Ursprungsfamilie ein, kann aber vernünftigerweise keinen automatischen Rückfall des Sorgerechts an die Eltern des ehel oder die Mutter des nichtehel Kindes anordnen. Dafür sind die Voraussetzungen der Aufhebung, veränderte Lebensumstände, Zeitablauf usw. zu vielgestaltig. Möglicherweise hatte sogar die elterl Einwilligung in die Adoption gerichlt ersetzt werden müssen (§ 1748). Nach Abs 4 hat deshalb das VormG (Richtervorbehalt gem § 14 Nr 3 f RPfLG) den leibl Eltern das Sorgerecht nur zurückzuübertragen, soweit dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. Wird das Sorgerecht der Mutter eines nichtehel Kindes zurückübertragen, so tritt in entsprechender Anwendung des § 1706 wieder Amtspflegschaft ein, sofern mit der Rückübertragung nicht eine Entscheidung nach § 1707 verbunden wird. Kann das Sorgerecht den Eltern des ehel oder der Mutter des nichtehel Kindes nicht zurückübertragen werden, so ist ein Vormund zu bestellen (§ 1773). Bei teilweiser Rückübertragung der Personen- oder Vermögenssorge ist eine Ergänzungspflegschaft erforderlich (§ 1909). Erfolgt die Aufhebung einer Adoption nur, um eine Weiteradoption zu ermöglichen (§ 1763 Abs 3 b), so erübrigt sich eine Prüfung nach Abs 4, weil die Ermöglichung der Zweitadoption bereits Aufhebungsvoraussetzung war. Die Entscheidung nach Abs 4 hat zugleich mit dem Aufhebungsbeschluß zu erfolgen, weil sonst die personale Zuordnung des Kindes in der Schwebe bliebe.

14 VI. Aufhebung des Annahmeverhältnisses zu einem Elternteil

Eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses zu nur einem Elternteil kommt vor allem dann in Betracht, wenn nach der Scheidung der Ehe der Adoptiveltern der

neue Ehepartner des sorgeberechtigten Adoptivelternteils das Kind annehmen will (§ 1763 Abs 2 iVm Abs 3 b; vgl DIV-Gutachten ZfJ 1984, 241). Denkbar ist auch, daß ohne angestrebte Zweitadoption lediglich das Annahmeverhältnis zu nur einem Elternteil unter den Voraussetzungen des § 1763 Abs 2 iVm Abs 3 a Alt 1 aufgehoben wird. Schließlich kommt auch der (seltene) Fall in Betracht, daß bei fehlendem oder fehlerhaftem Antrag nur eines Adoptivelternteils das Annahmeverhältnis nur diesem gegenüber aufgehoben wird (vgl § 1762 Rz 5).

Nach Abs 5 HS 1 erlischt in einem solchen Fall das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge gegenüber einem Elternteil und dessen Verwandten, während es gegenüber dem anderen Elternteil und dessen Verwandten erhalten bleibt. Verwandtschaftl Beziehungen zur Ursprungsfamilie leben nicht wieder auf (Abs 5 HS 2).

Ist ein Adoptivelternteil bereits verstorben, so ist Abs 5 HS 1 auch dann anzuwen- 15
den, wenn das Annahmeverhältnis zum überlebenden Elternteil aufgehoben wird (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 10; DIV-Gutachten ZfJ 1989, 283, 284). Das Kind behält also die Verwandtschaft nach dem verstorbenen Adoptivelternteil; Rechtsbeziehungen zu den leibl Verwandten leben nicht wieder auf. Für das Kind muß nach der Aufhebung ein Vormund bestellt werden. Eine Aufhebung der Adoption im Verhältnis zum überlebenden Adoptivelternteil kommt nach § 1763 nur in Betracht, wenn durch die Aufhebung ein erneute Annahme des Kindes ermöglicht werden soll. Wortlaut und Ratio des § 1742 erlauben eine solche Zweitadoption ohne zusätzliche Aufhebung der Adoption im Verhältnis zum verstorbenen Adoptivelternteil, wofür im übrigen auch die Voraussetzungen des § 1763 Abs 1 fehlen würden (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 10; SOERGEL-LIERMANN Rz 13; inzidenter AG Kelheim ZfJ 1990, 280 f; vgl auch § 1742 Rz 12; aA DIV-Gutachten ZfJ 1989, 283, 284 u ZfJ 1989, 462, 463).

Abs 5 betrifft nur den Fall, daß ein Kind gemeinschaftlich von einem Ehepaar 16
adoptiert wurde. Wurde das Kind vom Ehegatten eines leibl Elternteils allein angenommen (**Stiefkindadoption**), und wird das Annahmeverhältnis später (insgesamt!) aufgehoben, so lebt mit der Aufhebung das Verwandtschaftsverhältnis zum anderen leibl Elternteil und dessen Verwandten nach Abs 3 wieder auf (allg Meinung, vgl OLG Celle FamRZ 1982, 197; BT-Drucks 7/3061, 86; ROTH 261; BEITZKE § 33 VI 6; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7; SOERGEL-LIERMANN Rz 12). Eine analoge Anwendung von Abs 5 verbietet sich schon deshalb, weil der Gesetzgeber erkennbar eine solche Lösung nicht gewollt hat (BT-Drucks 7/3061, 86). Das Wiederaufleben der ursprüngl Verwandtschaft läßt sich rechtfertigen, weil der Stiefelternteil, der mit der Adoption einen leibl Elternteil ersetzt hat, durch die Aufhebung als Ersatzelternteil wieder ausgeschieden ist. Ob ein ehel oder nichtehel Kind des Ehepartners adoptiert wurde, macht keinen Unterschied. Das Kind erlangt mit der Aufhebung der Adoption wieder den Status, den es früher hatte. Bei einem nichtehel Kind entstehen also bezüglich des Sorgerechts der Mutter wieder die Beschränkungen des § 1706. Für den Sonderfall des § 1756 Abs 2 gilt, daß das durch die Adoption drei Verwandtschaftskreisen zugeordnete Kind mit der Aufhebung aus einem Verwandtschaftskreis ausscheidet, im übrigen aber seine Verwandtschaft behält, so daß hier ein Wiederaufleben von Verwandtschaftsverhältnissen nach Abs 3 nicht in Betracht kommt. Erfolgt die Aufhebung der Stiefkindadoption, um nach Scheidung und Wiederheirat des sorgeberechtigten leibl Elternteils eine zweite Stiefkindadoption zu ermöglichen (§ 1763 Abs 3 b), so stehen dem leibl Elternteil, zu dem das Verwandtschaftsverhältnis wieder auflebt, die Rechte aus § 1747 zu.

Haben die nichtehel Mutter und ihr Ehegatte das Kind gemeinschaftl angenommen, 17
so scheint nach dem Gesetzeswortlaut ein Fall des Abs 5 vorzuliegen, wenn das

Annahmeverhältnis nur zwischen Kind und Stiefvater aufgehoben wird. Auch hier sollte indessen dem Zweck des § 1764 entsprechend mit der Aufhebung die Verwandtschaft zwischen Kind und leibl Vater wieder aufleben (so inzidenter, wenn auch ohne Begründung, BayObLGZ 1979, 386, 390, 392, 394 = FamRZ 1980, 498, 499, 500, 501 = DAVorm 1980, 39, 41, 43, 45; aA MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 7): Ob ein Stiefvater das Kind allein oder zusammen mit seiner Ehefrau annimmt, macht rechtl keinen Unterschied, da das Kind in jedem Fall die Stellung eines gemeinschaftlichen ehel Kindes erlangt (§ 1754 Abs 1). Wird aber die Rechtsstellung des Kindes gegenüber seiner Mutter durch deren Mitadoption nicht tangiert, dann sollte man dieser Mitadoption auch keine entscheidende Bedeutung beimessen, wenn das Annahmeverhältnis zwischen Kind und Stiefvater aufgehoben wird. Der Vorschlag von LÜDERITZ (MünchKomm Rz 5), das Annahmeverhältnis insgesamt, also auch im Verhältnis zur Mutter, aufzuheben, würde zwar in scheinbarer Gesetzestreue direkt zur Anwendung des Abs 3 führen. Indessen kann das Annahmeverhältnis gegenüber der Mutter nicht aufgehoben werden, weil es insoweit offensichtlich an einem Aufhebungsgrund fehlt.

§ 1765

Mit der Aufhebung der Annahme als Kind verliert das Kind das Recht, den Familiennamen des Annehmenden als Geburtsnamen zu führen. Für Abkömmlinge des Kindes gilt § 1617 Abs. 2 und 4 sinngemäß. Satz 1 ist in den Fällen des § 1754 Abs. 1 nicht anzuwenden, wenn das Annahmeverhältnis zu einem Ehegatten allein aufgehoben wird. Ist der Geburtsname zum Ehenamen des Kindes geworden, so bleibt dieser unberührt.

Auf Antrag des Kindes kann das Vormundschaftsgericht mit der Aufhebung anordnen, daß das Kind den Familiennamen behält, den es durch die Annahme erworben hat, wenn das Kind ein berechtigtes Interesse an der Führung dieses Namens hat. § 1746 Abs. 1 Satz 2, 3 ist entsprechend anzuwenden.

Ist der durch die Annahme erworbene Name zum Ehenamen geworden, so hat das Vormundschaftsgericht auf gemeinsamen Antrag der Ehegatten mit der Aufhebung anzuordnen, daß die Ehegatten als Ehenamen den Geburtsnamen führen, den das Kind vor der Annahme geführt hat. Für die Abkömmlinge des Kindes gilt § 1617 Abs. 2 und 4 sinngemäß.

BT-Drucks 7/3061, 51; BT-Drucks 7/5087, 21; BT-Drucks 7/5125, 1 f.

Systematische Übersicht

- | | |
|--|---|
| <p>I. Normzweck und Entstehungsgeschichte</p> <p>1</p> <p>II. Verlust des Adoptivnamens 5</p> <p>III. Der neue Familienname</p> <p>1. Grundsatz 6</p> <p>2. Ausnahmen 8</p> <p>a) Nichteheliches Kind</p> <p>b) Eheliches Kind 9</p> <p>IV. Ausnahmsweise Weiterführung des Adoptivnamens</p> <p>1. Anordnung des Vormundschaftsgerichts</p> | <p>a) Berechtigtes Interesse 11</p> <p>b) Antrag 12</p> <p>2. Aufhebung des Annahmeverhältnisses zu einem Elternteil 13</p> <p>3. Aufhebung des Annahmeverhältnisses zu einem verheirateten Adoptivkind 14</p> <p>V. Vorname 19</p> <p>VI. Name von Abkömmlingen 20</p> |
|--|---|

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1

Nach § 1764 erlöschen mit der Aufhebung des Annahmeverhältnisses die Rechtsbeziehungen des Kindes zur Adoptivfamilie; das Kind wird rechtl wieder seiner Ursprungsfamilie zugeordnet. § 1765 zieht aus dieser Regelung die namensrechtl Konsequenzen und konkretisiert sie. § 1765 gilt wegen der Verweisung in § 1767 Abs 2 auch für die Aufhebung einer Volljährigenadoption (§ 1771).

Das in Abs 1 S 1 normierte **Grundprinzip**, demzufolge das Kind das Recht verliert, 2 den Familiennamen des Annehmenden als Geburtsnamen zu führen, entspricht § 1772 S 1 aF. Die Regelung des Abs 1 S 3 war bereits in § 1772 S 2 aF enthalten. Die übrigen Bestimmungen des Abs 1 stellen eine notwendige Anpassung an das namensrechtl Gesamtkonzept des 1. EheRG v 14. 6. 1976 (BGBl I 1421) dar (BT-Drucks 7/5125, 1 f).

Die **Vorschriften der Abs 2 u 3** sind neu. Abs 2 mildert die Härte des grds Verlustes 3 des Adoptivnamens nach Abs 1 S 1, indem dem VormG die Möglichkeit eröffnet wird, auf Antrag anzuordnen, daß das Kind bei berechtigtem Interesse den alten Namen weiterführen darf. Abs 3 seinerseits schwächt die (neue) Grundregel des Abs 1 S 4, daß nämlich die Aufhebung des Annahmeverhältnisses den Ehenamen des verheirateten Adoptivkindes nicht tangiert, dadurch ab, daß die Eheleute auf besonderen Antrag erreichen können, anstelle des Adoptivnamens den früheren Geburtsnamen des Adoptierten als Ehenamen zu führen.

Ursprüngl hatte der RegE (BT-Drucks 7/3061, 8, 51) auch die Möglichkeit einer 4 **Vornamensänderung** des Adoptivkindes bei Aufhebung des Annahmeverhältnisses vorgesehen. Außerdem solle dem Kind die Möglichkeit eröffnet werden, den Adoptivnamen seinem neuen Namen hinzuzufügen. Auf Anregung des RAussch wurden diese Bestimmungen des Entwurfs jedoch nicht Ges („entbehrlich“ bzw „kein Bedürfnis“, vgl BT-Drucks 7/5087, 21).

II. Verlust des Adoptivnamens

5

Nach der Grundnorm des Abs 1 S 1 verliert das Kind mit der Aufhebung das Recht, den Familiennamen des Annehmenden als **Geburtsnamen** zu führen.

Die in Abs 1 S 1 angeordnete Rechtsfolge erstreckt sich allerdings nicht auf den **Ehenamen** des Kindes. Das ist selbstverständlich, falls der Geburtsname des Ehegatten zum Ehenamen geworden ist. Gleiches gilt indessen nach Abs 1 S 4 auch, wenn der durch die Annahme erworbene Geburtsname des Adoptivkindes zum gemeinsamen Ehenamen geworden ist (Näheres unten Rz 8). Hat das Kind den Namen seines Ehepartners angenommen, und wird die Ehe nach Aufhebung des Annahmeverhältnisses durch Tod oder Scheidung aufgelöst, so kann das Kind wegen Abs 1 S 1 nicht wieder seinen früheren Adoptivnamen, sondern nur noch den Geburtsnamen annehmen, den es vor der Annahme geführt hat (§ 1355 Abs 4 S 2; vgl BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 2; ERMAN-HOLZHAUER Rz 5). Den Adoptivnamen kann das Kind auch nicht als den „zur Zeit der Eheschließung geführten“ Namen (§ 1355 Abs 4 S 2) wieder annehmen, weil als solcher nur ein durch Eheschließung erworbener Name in Betracht kommt (MünchKomm-WACKE § 1355 Rz 20; BGB-RGRK-ROTH-STIELOW § 1355 Rz 21).

III. Der neue Familienname**1. Grundsatz**

6

Welcher Name an die Stelle des nach Abs 1 S 1 durch die Aufhebung verlorengehenden Geburtsnamens tritt, sagt das Ges nicht ausdrücklich. Aus Abs 3 S 1 läßt

sich jedoch ableiten, daß das Kind den **Geburtsnamen** zurückgewinnt, **den es vor der Annahme geführt hat** (so auch das alte Recht, vgl. Vorauf § 1772 Rz 6). Bei einem ehel. Kind ist dies der gemeinsame Ehe name der Eltern (§ 1616), bei einem nichtehel. Kind der Familienname der Mutter zZ der Geburt.

- 7 Die Regelung des Abs 3 S 1, die schon aus sprachlichen Gründen nur vom Normalfall ausgeht, schließt nicht aus, daß Namensänderungen der Eltern, die sich ohne Adoption auf das Kind ausgewirkt hätten, wegen der Adoption aber nicht auswirken konnten, im Falle einer Aufhebung der Adoption zu berücksichtigen sind (so auch BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 3 u 4; SOERGEL-LIERMANN Rz 2-5; einschränkend MünchKomm-LÜDERITZ Rz 9; aA GERNHUBER § 62 XI 7).

2. Ausnahmen

8 a) Nichteheliches Kind

Hat sich der **Familienname der nichtehel. Mutter nach der Adoption geändert** (zB durch Namensänderung, Legitimation, Adoption), so erstreckt sich diese Namensänderung nach Maßgabe des § 1617 Abs 2 auf das Kind, sobald das Annahmeverhältnis aufgehoben wird. Änderungen des Familiennamens der Mutter infolge Eheschließung bleiben freilich außer Betracht (§ 1617 Abs 3). Daß sich die Namensänderung der Mutter gem § 1617 Abs 2 nach Aufhebung der Adoption auf das Kind auswirkt, ist sachlich gerechtfertigt: Mit der Aufhebung ändert sich der Name des Adoptivkindes ohnehin. Da das Kind rechtl. wieder in seine Ursprungsfamilie eingegliedert wird (§ 1764 Abs 3), ist es nur konsequent, daß es den Namen erhält, den es dort ohne Adoption führen würde. Für die Frage, ob das Kind das 5. Lebensjahr vollendet hat (§ 1617 Abs 2), ist der Zeitpunkt der Namensänderung der Mutter, nicht der der Aufhebung maßgebend. Für die Frage, ob das Kind selbst oder sein gesetzl. Vertreter die nach § 1617 Abs 2 erforderliche Erklärung abzugeben hat, ist dagegen auf das Alter des Kindes bei Abgabe der Erklärung abzustellen (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 10).

Hat die **Mutter nach der Adoption den Vater des Kindes geheiratet**, so treten die Legitimationswirkungen mit der Aufhebung des Annahmeverhältnisses ein (§ 1719 S 2). Das Kind erhält als nunmehr ehel. Kind seiner leibl. Eltern deren gemeinsamen Ehenamen als Geburtsnamen.

9 b) Eheliches Kind

Auch bei ehel. Kindern kann sich eine Namensänderung der Eltern nach der Adoption auf das Kind auswirken, wenn das Annahmeverhältnis später aufgehoben wird. Nach § 13 a Abs 2 EheG besteht bei einer im Ausland geschlossenen Ehe die Möglichkeit, die Wahl des gemeinsamen Ehenamens nachzuholen. Diese Wahl wirkt sich auf den Namen des Kindes nach § 13 a Abs 3 EheG auch dann aus, wenn dieses im Zeitpunkt der Erklärung bereits adoptiert war und die Adoption später aufgehoben wird. Entscheidend ist, ob das Kind zZ der Namensänderung bereits 14 Jahre alt war (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4; SOERGEL-LIERMANN Rz 5). War es noch keine 14 Jahre alt, so ändert sich sein Name automatisch, andernfalls nach Abgabe einer entsprechenden Erklärung. Die ggf. gem § 13 a Abs 3 EheG erforderliche Erklärung kann innerhalb eines Jahres nach der Aufhebung abgegeben werden (§ 13 a Abs 3 S 3 EheG analog).

- 10 Wurde der **Familienname der Eltern** eines ehel. Kindes durch Entscheidung der Verwaltungsbehörde **nach Maßgabe des NÄG geändert**, so erstreckt sich die Namensänderung eo ipso nur auf die der elterl. Sorge unterstehenden Kinder (§ 4

NÄG). Waren die Kinder zZ der Namensänderung adoptiert, so kann sich diese bei einer späteren Aufhebung der Adoption ebensowenig auf das Kind auswirken, wie das der Fall wäre, wenn den Eltern zZ der Namensänderung das Sorgerecht entzogen war, diese Entscheidung später aber revidiert wird (so auch Vorauf § 1772 Rz 6; aA BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4; SOERGEL-LIERMANN Rz 5).

IV. Ausnahmsweise Weiterführung des Adoptivnamens

1. Anordnung des Vormundschaftsgerichts

11

Nach Abs 2 S 1 kann das VormG mit der Aufhebung anordnen, daß das Kind den Familiennamen behält, den es durch die Annahme erworben hat, wenn das Kind ein berechtigtes Interesse an der Führung dieses Namens hat.

a) Berechtigtes Interesse

Für die Feststellung des Kindesinteresses an der Weiterführung des Adoptivnamens kommt es vor allem darauf an, wie lange das Kind den Adoptivnamen geführt hat, wie alt es im Zeitpunkt der Aufhebung ist und welche Gründe zur Aufhebung geführt haben. **Gegeninteressen** der Adoptiveltern sind zu berücksichtigen, spielen aber eine untergeordnete Rolle. Eine Weiterführung des Adoptivnamens kommt vor allem dann in Betracht, wenn die Aufhebung nur dazu dient, eine **Zweitadoption** zu ermöglichen (§§ 1763, 1742). Hier sollte das Kind für die Zeit zwischen Aufhebung der Erst- und Begründung der Zweitadoption nicht auf seinen früheren Geburtsnamen verwiesen werden (BT-Drucks 7/3061, 51). Scheidet bei einem minderjährigen Kind eine Rückübertragung des Sorgerechts auf die leibl Eltern aus (§ 1764 Abs 4), so wird auch ein Namenswechsel nur ausnahmsweise im Interesse des Kindes liegen (BT-Drucks 7/3061, 51). Im übrigen kommt bei Kindern, die in Ausbildung oder Beruf stehen, generell deren Interesse an der **Namenskontinuität** besonderes Gewicht zu (BT-Drucks 7/3061, 51).

Ist das **Adoptivkind verheiratet**, so ist dennoch eine Entscheidung nach Abs 2 möglich, da durch die Aufhebung des Annahmeverhältnisses zwar nicht der Ehe-name (Abs 1 S 4), wohl aber der Geburtsname tangiert wird (Näheres unten Rz 14). Allerdings ist das Interesse des Adoptivkindes an der Beibehaltung des durch Adoption erworbenen Geburtsnamens geringer zu bewerten, wenn es einen Ehenamen führt, der durch die Aufhebung ohnehin nicht berührt wird.

b) Antrag

12

Der nach Abs 2 S 1 erforderliche Antrag kann im Aufhebungsverfahren **bis zur Rechtskraft des Aufhebungsbeschlusses** (vgl § 56 f Abs 3 FGG) gestellt werden. Nach Abs 2 S 2 iVm § 1746 Abs 1 S 2 muß der Antrag für das geschäftsunfähige oder noch nicht 14 Jahre alte Kind vom **gesetzl Vertreter** gestellt werden. Im übrigen ist der Antrag vom Minderjährigen persönlich zu stellen; er bedarf hierzu der Zustimmung seines gesetzl Vertreters (Abs 2 S 2 iVm § 1746 Abs 1 S 3). Gesetzl Vertreter ist der unter den Voraussetzungen des § 56 f Abs 2 FGG für das Aufhebungsverfahren zu bestellende Pfleger.

2. Aufhebung des Annahmeverhältnisses zu einem Elternteil

13

Wird das Annahmeverhältnis **nur zu einem Ehegatten aufgehoben** oder im Falle einer **Stiefkindadoption** zum Stiefelternteil, so behält das Kind seinen durch Adoption erworbenen Geburtsnamen (Abs 1 S 3 iVm § 1754 Abs 1). Die Regelung ist

dem früheren Recht entnommen (§ 1772 S 2 iVm § 1757 Abs 2 aF) und entspricht § 1764 Abs 5. Sie bezieht sich aber anders als diese Bestimmung nicht nur auf den Fall einer gemeinschaftlichen Adoption durch ein Ehepaar, sondern auch auf den der Stiefkindadoption. Die Regelung des Abs 1 S 3 gilt auch dann, wenn der Elternteil, zu dem das Eltern-Kind-Verhältnis fortbesteht, nach der Ehescheidung gem § 1355 Abs 4 S 2 wieder seinen früheren Geburtsnamen annimmt.

14 3. Aufhebung des Annahmeverhältnisses zu einem verheirateten Adoptivkind

Ist das Kind zZ der Aufhebung des Annahmeverhältnisses verheiratet und sein durch die Annahme erworbener Geburtsname zum Ehenamen geworden, so ändert sich mit der Aufhebung zwar der Geburtsname des Kindes nach Abs 1 S 1 (SCHULTHEIS StAZ 1983, 83; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 2; ERMAN-HOLZHAUER Rz 2; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5), der Ehename aber bleibt ihm nach **Abs 1 S 4** erhalten. Der Ehename bleibt nach dem klaren Wortlaut des Ges auch dann erhalten, wenn die Ehe des Angenommenen vor der Aufhebung der Adoption durch Tod oder Scheidung aufgelöst wurde.

- 15 Ist der durch die Annahme erworbene Geburtsname zum Ehenamen geworden, so hat allerdings das **VormG auf gemeinsamen Antrag** der Ehegatten mit der Aufhebung anzuordnen, daß die Ehegatten als Ehenamen den Geburtsnamen führen, den das Kind vor der Annahme geführt hat (**Abs 3 S 1**). Der Antrag kann im Aufhebungsverfahren bis zur Rechtskraft des Aufhebungsbeschlusses (vgl § 56 f Abs 3 FGG) gestellt werden.
- 16 Ist der **Angenommene geschieden oder verwitwet**, so kommt eine Änderung des Ehenamens nach Abs 3 S 1 nicht mehr in Betracht; der Angenommene hat aber die Möglichkeit, seinen früheren Geburtsnamen durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten anzunehmen. § 1765 regelt diesen Fall allerdings nicht; das Ges enthält insoweit eine Lücke (ERMANN-HOLZHAUER Rz 6). § 1355 Abs 4 greift nicht ein, weil diese Bestimmung voraussetzt, daß der *Partnername* zum Ehenamen geworden ist. Ebenso wie das Ges jedoch gewährleistet, daß ein geschiedener oder verwitweter Anzunehmender durch die Adoption seinen Ehenamen gegen den Familiennamen des Annehmenden eintauscht (vgl § 1757 Rz 6), muß umgekehrt auch gewährleistet sein, daß der geschiedene oder verwitwete Angenommene bei Aufhebung des Annahmeverhältnisses wieder in den Genuß seines früheren Geburtsnamens kommt.
- 17 Sind im Falle einer Änderung des Ehenamens nach Abs 3 S 1 **Abkömmlinge** vorhanden, so gilt § 1617 Abs 2 u 4 sinngemäß (Abs 3 S 2).
- 18 Hat das Kind den durch Annahme erworbenen Namen dem Ehenamen gem § 1355 Abs 3 als **Begleitnamen** vorangestellt, so verliert es das Recht, diesen Begleitnamen weiterzuführen (Abs 1 S 1). Es kann jedoch einen Antrag nach Abs 2 stellen, da diese Regelung auch für verheiratete Kinder gilt (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6; ERMAN-HOLZHAUER Rz 7; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 6; SOERGEL-LIERMANN Rz 12; aA ROTH-STIELOW Rz 7). Kommt eine vormundschaftsgerichtl Anordnung nach Abs 2 nicht in Betracht, so fällt zunächst der Begleitname ersatzlos fort. An dessen Stelle tritt nicht automatisch der vor der Annahme geführte Geburtsname, weil sich die Erklärung nach § 1355 Abs 3 nicht auf diesen Namen bezogen hat (so zutr BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6; aA MünchKomm-LÜDERITZ Rz 6; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2; wohl auch ERMAN-HOLZHAUER Rz 7). Das Kind kann aber, ohne an eine Frist gebunden zu sein, erneut eine Erklärung gem § 1355 Abs 3 abgeben

(BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6). Vgl insoweit die parallele Problematik, wenn sich der als Begleitname geführte Geburtsname eines Verheirateten durch Adoption ändert, unter § 1757 Rz 11.

V. Vorname

19

Im Falle einer Aufhebung des Annahmeverhältnisses behält das Kind seinen Vornamen. Dies gilt auch dann, wenn dieser gem § 1757 Abs 2 mit dem Ausspruch der Annahme geändert worden war. Die im RegE (BT-Drucks 7/3061, 8, 51) vorgesehene Möglichkeit, den Vornamen des Kindes mit dem Ausspruch der Aufhebung zu ändern (s oben Rz 4), ist nicht Ges geworden. In Betracht kommt allerdings eine Vornamensänderung aus wichtigem Grund nach §§ 11, 3 NÄG.

VI. Name von Abkömmlingen

20

Trägt ein Abkömmling des Adoptivkindes dessen Adoptivnamen, so ändert sich mit der Aufhebung der Name dieses Abkömmlings nach Maßgabe von § 1617 Abs 2 u 4 (§ 1765 Abs 1 S 2). Die Regelung kommt vor allem dann zur Anwendung, wenn die angenommene Adoptivtochter ein nichtehel Kind hat, das nach § 1617 Abs 1 ihren Geburtsnamen trägt. Der Name eines ehel Kindes des Adoptierten ändert sich hingegen auch dann nicht, wenn der Name des Adoptierten zum Eheamen geworden ist: Da sich der Eheame des Adoptierten nach Abs 1 S 4 bei Aufhebung des Annahmeverhältnisses nicht ändert, kann sich auch der aus dem Eheamen abgeleitete Geburtsname des Adoptivenkels nicht ändern (aA für einen Sonderfall BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 10 aE). Wird allerdings nach Abs 3 S 1 durch Entscheidung des VormG der frühere Geburtsname des Adoptierten neuer Eheame, so erstreckt sich diese Änderung nach der ausdrücklichen Regelung des Abs 3 S 2 auch auf Abkömmlinge des Adoptivkindes nach Maßgabe des § 1617 Abs 2 u 4.

§ 1766

Schließt ein Annehmender mit dem Angenommenen oder einem seiner Abkömmlinge den eherechtlichen Vorschriften zuwider die Ehe, so wird mit der Eheschließung das durch die Annahme zwischen ihnen begründete Rechtsverhältnis aufgehoben. Das gilt auch dann, wenn die Ehe für nichtig erklärt wird. §§ 1764, 1765 sind nicht anzuwenden.

BT-Drucks 7/3061, 51 f; BT-Drucks 7/5087, 21.

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1

Vom **Eheverbot der Adoptivverwandtschaft** (§ 7 EheG) kann keine Befreiung erteilt werden, wenn der Annehmende den Angenommenen oder einen seiner Abkömmlinge heiraten will (vgl § 7 Abs 2 EheG). Gelingt es dem Annehmenden dennoch, den Angenommenen oder einen seiner Abkömmlinge – etwa im Ausland – zu heiraten, so ist die **Ehe voll wirksam**, weil dem Eheverbot des § 7 EheG kein Nichtigkeits- oder Aufhebungsgrund entspricht. Bei dem daraus resultierenden **Konflikt zwischen Adoptivverwandtschaft einerseits und Ehe andererseits** hat sich der Gesetzgeber zugunsten der Ehe entschieden, weil diese zukunftsbezogen ist, das durch die Adoption begründete Verwandtschaftsverhältnis aber grds aufhebbar (§§ 1760, 1763, 1771) und zudem durch die unzulässige Eheschließung schwer gestört ist (BT-Drucks 7/3061, 51 f).

- 2 Die **praktische Bedeutung** der Vorschrift ist **gering**, weil im Inland eine Eheschließung entgegen dem Verbot des § 7 EheG kaum vorkommen dürfte. § 7 Abs 1 EheG erlaubt die Eheschließung nur, wenn zuvor das Annahmeverhältnis aufgelöst worden ist. Bei einer Minderjährigenadoption kommt eine Aufhebung vor allem nach § 1763, bei einer Volljährigenadoption nach § 1771 in Betracht. Eine während der Minderjährigkeit des Kindes zustandegekommene Adoption kann allerdings nach Erreichen des Volljährigkeitsalters nicht mehr aufgehoben werden, auch nicht zum Zwecke der Eheschließung (vgl § 1771 Rz 5). Im letztgenannten Fall sind deshalb Versuche, § 7 EheG durch eine Eheschließung im Ausland zu umgehen, denkbar.
- 3 Die Vorschrift entspricht im wesentlichen § 1771 aF, der in Abs 1 die Aufhebung des Annahmeverhältnisses vorsah, wenn Personen, „die durch die Annahme an Kindes Statt verbunden“ waren (= Annehmender im Verhältnis zum Angenommenen und dessen Abkömmlingen) den eherechtl Vorschriften zuwider die Ehe schlossen.

Eine Änderung brachte § 1766 insoweit, als diese Bestimmung nunmehr in S 2 vorsieht, daß das Annahmeverhältnis auch dann aufgehoben wird, wenn die Ehe zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen oder einem seiner Abkömmlinge später für nichtig erklärt wird. Nach altem Recht (§ 1771 Abs 2 aF) wurde in einem solchen Fall nur die elterl Gewalt des Annehmenden über den Angenommenen verwirkt. Grund für die abweichende Regelung war die Überlegung, daß nach der Nichtigkeitserklärung der Ehe „nicht erwartet werden kann, die Ehegatten der nichtigen Ehe könnten noch ein Verhältnis zueinander finden, wie es zwischen Verwandten in gerader Linie üblich ist“ (BT-Drucks 7/3061, 52).

Neu ist schließlich auch die Regelung des S 3, die klarstellt, daß mit der Heirat nur das Annahmeverhältnis zwischen den Eheleuten aufgehoben wird, die durch die Adoption begründeten Rechtsbeziehungen zu den übrigen Mitgliedern der neuen Familie aber erhalten bleiben und alte Verwandtschaftsbeziehungen zur Ursprungsfamilie nicht wieder aufleben (vgl BT-Drucks 7/3061, 52). Dem alten Recht war eine solche Regelung schon deshalb fremd, weil es die Volladoption nicht kannte.

4 II. Anwendungsbereich

§ 1766 greift ausschließlich bei **Eheschließung zwischen dem Annehmenden einerseits und dem Angenommenen oder einem seiner Abkömmlinge andererseits** ein. Andere Verstöße gegen § 7 EheG (zB Heirat zwischen Adoptivgroßvater und Kind oder zwischen Adoptivgeschwistern ohne Befreiung nach § 7 Abs 2 EheG) tangieren das Annahmeverhältnis nicht. Für die Fälle der Verwandtschaft in der Seitenlinie und der Schwägerschaft ist die Regelung gerechtfertigt, weil § 7 Abs 2 EheG eine Befreiungsmöglichkeit vorsieht. § 1766 greift allerdings auch dann nicht ein, wenn diese Befreiung nicht erteilt wurde. Die Fälle der Eheschließung zwischen dem Angenommenen und einem Elternteil des Annehmenden, in denen § 7 Abs 2 keine Befreiungsmöglichkeit vorsieht, hat der Gesetzgeber dagegen in § 1766 entgegen seiner erklärten Absicht (BT-Drucks 7/3061, 51f) nicht erfaßt.

- 5 § 1766 findet nach seinem S 2 auch Anwendung, wenn die **Ehe für nichtig erklärt** wird. Da ein Verstoß gegen das aufschiebende Eheverbot der Adoption allein nicht zur Nichtigkeit führt, muß dafür ein anderer Grund (§§ 17 ff EheG) gegeben sein. S 2 ist notwendig, weil die Nichtigkeitserklärung einer Ehe diese grds mit Rückwirkung vernichtet. Der Gesetzgeber hat sich wegen der auch bei Eingehung einer nichtigen Ehe zu vermutenden schwerwiegenden Störung des Annahmeverhältnisses für die Rechtsfolge des § 1766 S 1 entschieden (BT-Drucks 7/3061, 52).

Im Gegensatz zu einer nichtigen Ehe führt die **Nichtehe** keinerlei rechtl Wirkungen herbei. Jedermann kann ihre Unwirksamkeit jederzeit geltend machen. § 1766 greift hier nicht ein. Einer Störung des Eltern-Kind-Verhältnisses kann jedoch durch eine Entscheidung nach § 1763 Rechnung getragen werden, solange das Kind minderjährig ist (BGB-RGRK-DICKESCHEID Rz 8).

Eine **aufhebbare Ehe** ist eine bis zur Rechtskraft des Aufhebungsurteils wirksame Ehe (§ 29 S 2 EheG). Sie wird daher direkt von § 1766 S 1 erfaßt.

III. Rechtsfolgen

6

Als Folge der Eheschließung wird nicht das gesamte Annahmeverhältnis aufgehoben. **Gelöst wird nur das durch die Adoption zwischen den Ehepartnern begründete Rechtsverhältnis.** Dritte, die an der Eheschließung nicht beteiligt sind, sollen durch sie keine Rechtsnachteile erleiden (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5; BGB-RGRK-DICKESCHEID Rz 4). Im übrigen besteht auch kein Grund, dem Kind die gesamte Adoptivverwandtschaft zu nehmen. Die Regelung des § 1766 kann zu bizarren Verwandtschafts- und Schwägerschaftskonstellationen führen. Der Gesetzgeber hat sie bewußt in Kauf genommen, da sich daraus keine unüberwindbaren Schwierigkeiten ergeben (vgl BT-Drucks 7/3061, 52). Ist zB ein Kind von einem Ehepaar gemeinschaftlich angenommen worden, und heiratet nach der Scheidung ein Ehegatte den Angenommenen, so wird der andere Ehegatte Schwiegerelternanteil seines früheren Gatten, die Adoptivgroßeltern des Angenommenen sind nun gleichzeitig die Schwiegereltern (weitere Beispiele bei MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5, BGB-RGRK-DICKESCHEID Rz 5, SOERGEL-LIERMANN Rz 5).

Die Aufhebung tritt **ex lege** ein. Eine Entscheidung des VormG verlangt § 1766 nicht. Sie wäre auch überflüssig, weil die Eheschließung ein statusändernder Akt von unbezweifelbarer Transparenz ist (GERNHUBER § 62 XI 2), so daß die Rechtsklarheit nicht gefährdet wird.

Die Anwendung der §§ **1764, 1765** ist ausdrücklich ausgeschlossen. Die verwandtschaftl Beziehungen zu den leibl Verwandten leben also nicht wieder auf. Heiratet derjenige, der ein Kind allein angenommen hat, den Angenommenen, so verliert dieser seinen einzigen (Adoptiv-)Elternteil, ohne aber seine leibl Eltern zurückzugewinnen. Er wird elternlos. Auch namensrechtl Folgen zieht die Aufhebung des Annahmeverhältnisses zwischen den Ehegatten nicht nach sich.

§ 1767

Ein Volljähriger kann als Kind angenommen werden, wenn die Annahme sittlich gerechtfertigt ist; dies ist insbesondere anzunehmen, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist.

Für die Annahme Volljähriger gelten die Vorschriften über die Annahme Minderjähriger sinngemäß, soweit sich aus den folgenden Vorschriften nichts anderes ergibt.

BT-Drucks 7/3061, 22 f, 52 f; BT-Drucks 7/5087, 8, 21.

Systematische Übersicht

- | | |
|--|--|
| <p>I. Geschichtliches 1</p> <p>II. Statistisches 4</p> <p>III. Für und Wider der Volljährigenadoption
5</p> | <p>IV. Voraussetzungen</p> <p>1. Fähigkeit, anzunehmen und angenommen zu werden 12</p> <p>2. Wohl des Kindes 13</p> <p>3. Eltern-Kind-Verhältnis 14</p> |
|--|--|

4. Buch. 2. Abschnitt. Verwandtschaft

- a) Bereits entstandenes Eltern-Kind-Verhältnis 15
- b) Angestrebtes Eltern-Kind-Verhältnis 18
- 4. Sittliche Rechtfertigung 20

V. Mißbräuche 24

- 1. Namensadoption 25
- 2. Steueradoption 26

- 3. Adoption zur Verbesserung der aufenthaltsrechtlichen Lage 27
- 4. Adoption zur Umgehung erbrechtlicher Bestimmungen 28

VI. Sinngemäße Anwendung der Vorschriften über die Annahme Minderjähriger (Abs 2) 31

Alphabetische Übersicht

„Abkömmlinge“, adoptierte Erwachsene als 29

Adelsadoption 25

Adoptionsmotiv 5, 7, 20 ff, 24 ff, 30

Altersabstand zwischen Annehmendem und Anzunehmendem 16

Annahme Minderjähriger, sinngemäße Anwendung der Vorschriften über die 31

Ausforschungsverbot 31

Ausländer, Annahme eines -s 12, 27

Ausweisung, drohende 20 f

Beziehungen, geschlechtliche zwischen Annehmendem und Anzunehmendem 17

Dekretsystem 3, 25

Eheleute, gemeinsame Annahme durch Dritte 12, 17

Einzelperson, Annahme durch eine 12

Eltern-Kind-Verhältnis 2, 6 ff, 10, 14 ff, 24 f

– bereits entstandenes 2, 6, 10, 14 ff, 20, 24

– Erwartung des Entstehens eines -ses 7, 14, 18 f, 21 f, 24

– faktisches 10

– fehlende Absicht der Herstellung eines -ses 8, 25 f

– Kriterien für das Bestehen eines -ses 7, 15 ff

– Zweifel am Entstehen eines -ses 18 f

Entstehungsgeschichte 1 ff

erbrechtliche Bestimmungen, Umgehung als Adoptionsmotiv 28, 30

Erbschaftsteuer, Ersparnis von – als Adoptionsmotiv 5, 10, 20, 22, 26

Erbvertrag, Lösung vom als Adoptionsmotiv 30

Hauptzweck der Adoption 7, 21 f

Kind, Annahme des eigenen nichtehelichen -es 12

„Kinder“, adoptierte Erwachsene als 29

Krankheit im Alter, Betreuung bei als Adoptionsmotiv 21

Lebenswerk, Fortführung des -s als Adoptionsmotiv 21 f, 26

Minderjährigenadoption, nachgeholte 16

Mindestalter des Annehmenden 12

Mißbrauch der Volljährigenadoption 2, 8 f,

24 ff

Motiv der Adoption 5, 7, 20 ff, 24 ff, 30

– familienbezogenes 21, 24

Mutter und Tochter, gemeinsame Annahme durch Dritte 17

Namensadoption 5, 24 f

Nebenzweck der Adoption 7, 21 f

Offenbarungsverbot 31

Pflegekind, Adoption nach Volljährigkeit des -es 16, 28

Pflichtteilsanspruch, Schmälerung des -s als Adoptionsmotiv 28

Rechtfertigung der Adoption, sittliche 2, 6 f, 14, 20 ff, 26

– Zweifel an der -n 23

Rechtentwicklung, internationale 11

Rechtslage nach altem Recht 1 f, 25

Rechtsordnungen, ausländische 9, 11

Schenkungsteuer, Ersparnis von – als Adoptionsmotiv 26

Statistisches 4

Steueradoption 26

Stiefkindadoption 4, 12, 16, 28, 30

Testament, Lösung vom gemeinschaftlichen als Adoptionsmotiv 30

Verbot der Volljährigenadoption 2, 10

Vertragssystem 3, 25

Verwandtenadoption 4, 16

Vorteil, Erlangung eines aufenthaltsrechtlichen -s 5, 20 f, 24, 27

- | | |
|--|---|
| Wirkung der Volljährigenadoption 3, 5,
9 f, 20 ff, 24 ff
– ausländer- und aufenthaltsrechtliche 5,
20 f, 24, 27
– erbrechtliche 5, 28 ff
– namensrechtliche 5, 24 f
– steuerrechtliche 5, 10, 20, 22, 24, 26
– unterhaltsrechtliche 5
Wohl des Kindes, Förderung des -s durch
die Adoption 13 | Zusammenleben von Eltern und Kind 7, 15
Zwecke, wirtschaftliche als Adoptionsmo-
tiv 21, 24
Zweifel 18 f, 23
– am Entstehen eines Eltern-Kind-Ver-
hältnisses 18 f
– an der sittlichen Rechtfertigung der An-
nahme 23 |
|--|---|

I. Geschichtliches

1

Die Volljährigenadoption ist ein **in der deutschen Rechtstradition tief verwurzeltes Institut** (KRAUSE 5–45; BICKLER 8–39; KNUR DNotZ 1959, 284 ff; BOSCH FamRZ 1964, 401 ff; VoraufI Vorbem 1–46 zu § 1741, § 1744 Rz 1–3, 7, § 1745 c Rz 1). Für den Gesetzgeber des BGB standen Minderjährigen- und Volljährigenadoption gleichwertig nebeneinander. So heißt es in den Mot (IV 952) einerseits, daß „gerade die Annahme Minderjähriger an Kindes Statt in sozialer und moralischer Hinsicht den größten Wert hat, sie vorzugsweise als Bedürfnis empfunden wird und im praktischen Leben am meisten vorkommt“, andererseits wurde sie aber auch als ein Mittel angesehen, um vor allem unverheirateten Personen den „berechtigten Wunsch“ zu erfüllen, „das Andenken an ihren Namen und ihre Familie fortzusetzen“. Erst das FamRÄndG v 1961 (BGBl I 1221) machte die Adoption Volljähriger zu einem Ausnahmetatbestand, indem in § 1744 S 3 aF das Erfordernis der Minderjährigkeit des Anzunehmenden aufgenommen und in § 1745 c aF eine gerichtl Befreiung von diesem Erfordernis nur zugelassen wurde, wenn die Herstellung eines Annahmeverhältnisses „sittlich gerechtfertigt“ war (Näheres zur Entstehungsgeschichte VoraufI § 1744 Rz 1–3, 7 u § 1745 c Rz 1).

Bei den **Reformarbeiten v 1976** wurde zu keiner Zeit ernsthaft ein Verbot der 2 Volljährigenadoption erwogen (ENGLER 37; FRANK 193). Im RegE (BT-Drucks 7/3061, 22) heißt es:

„Der Entwurf entscheidet sich für die Zulässigkeit der Annahme Volljähriger. Zwar wird vereinzelt die Adoption Volljähriger wegen der Mißbrauchsgefahr als unerwünscht angesehen. Es ist jedoch nicht gerechtfertigt, ein Rechtsinstitut nur deshalb aufzugeben, weil es auch mißbraucht werden kann. Besteht ein Bedürfnis für ein solches Rechtsinstitut, dann muß die Lösung darin liegen, den Mißbrauch zu verhindern. Der Entwurf bejaht ein solches Bedürfnis.“

Verglichen mit den einschneidenden Änderungen, denen die Minderjährigenadoption ausgesetzt war, hat sich durch das AdoptG v 1976 an der Volljährigenadoption wenig geändert. Auch nach § 1767 Abs 1 HS 1 nF darf ein Volljähriger als Kind nur angenommen werden, wenn die Annahme „**sittlich gerechtfertigt**“ ist. § 1767 Abs 1 HS 2 nF enthält allerdings gegenüber §§ 1745 c, 1754 Abs 2 Nr 2 aF insofern eine wichtige Klarstellung, als die Annahme eines Volljährigen schon immer dann als sittlich gerechtfertigt anzusehen ist, wenn ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist. Da nach altem Recht die „sittliche Rechtfertigung“ (§ 1745 c aF) der Adoption einerseits und das allg adoptionsrechtl Erfordernis der Herstellung eines dem Eltern-Kind-Verhältnis entsprechenden Familienbandes (§ 1754 Abs 2 Nr 2 aF) andererseits ohne klare Beziehung zueinander an verschiedenen Stellen des Gesetzes geregelt waren, hatten Rspr u Lehre keine Einigkeit darüber erzielen können, ob trotz Bestehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses die sittliche Rechtfertigung einer Erwachsenenadoption im Einzelfall verneint werden kann (BGHZ 35, 75

= NJW 1961, 1461 = FamRZ 1961, 306; LG Düsseldorf FamRZ 1968, 537, 538; Vorauf § 1745 c Rz 3 mHinw; außerdem DÖLLE II § 112 III 1; GERNHUBER [2. Aufl 1971] § 62 I 2; KNUR DNotZ 1959, 284 u 1962, 571, 576).

- 3 Während die Reform v 1976 an den Voraussetzungen der Volljährigenadoption nur wenig geändert hat, fallen die Neuregelungen hinsichtl des Zustandekommens der Adoption (**Dekret- statt Vertragssystem**, vgl § 1768 Rz 1) und deren **Wirkungen** (§§ 1770–1772, vgl insbes § 1770 Rz 2) stärker ins Gewicht.

4 II. Statistisches

Bundesweite statistische Angaben fehlen. Aufgrund einer Hochrechnung regional begrenzter Einzeluntersuchungen dürfte der Anteil der Erwachsenenadoptionen an der Gesamtzahl aller Adoptionen jedoch bei **etwa 20%** liegen (KRAUSE 53 f; FRANK 193 mwNachw, auch rechtsvergleichenden statistischen Angaben; vgl auch ENGLER 38 f). Im RegE (BT-Drucks 7/3061, 23) wurde die Gesamtzahl der Volljährigenadoptionen pro Jahr auf 1500 geschätzt. Besonders hoch dürfte der Anteil der Verwandten- und Stiefkindadoptionen sein: Unter den v KRAUSE (50) ausgewerteten 1064 Erwachsenenadoptionen der Jahre 1960–1970 waren 652 Verwandten- oder Stiefkindadoptionen. Nach einer etwa den gleichen Zeitraum umfassenden Untersuchung v BICKLER (74–94) waren v 724 Erwachsenenadoptionen 286 Verwandten- oder Stiefkindadoptionen. Es ist anzunehmen, daß die scheidungsbedingte erhebliche Zunahme von Stiefkindern in jüngerer Zeit (vgl Vorbem § 1741 Rz 33) den ohnehin hohen Anteil der Stiefkindadoptionen bei den Erwachsenenadoptionen noch weiter verstärkt hat.

5 III. Für und Wider der Volljährigenadoption

Im Gegensatz zur Minderjährigenadoption bewirkt die Volljährigenadoption im personalen Bereich keine Veränderungen; sie begründet insbes keinen Wechsel in der Erziehungszuständigkeit. Die rechtl Auswirkungen der Volljährigenadoption liegen deshalb im wesentlichen auf vermögensrechtl Gebiet (insbes Erbrecht, Unterhaltsrecht). Gerade hier können aber die Beteiligten mit Hilfe der ihnen eingeräumten Vertrags- und Testierfreiheit ihre Wunschvorstellungen weitgehend auch ohne Adoption verwirklichen. Rechtl interessant wird die Volljährigenadoption in erster Linie dort, wo sie Wirkungen entfaltet, welche die Beteiligten ohne Adoption nicht zu erreichen vermögen. So wird etwa der Angenommene gem § 15 Abs 1 ErbStG in die günstige **Erbschaftsteuerklasse I** befördert, während er ohne Adoption als Familienfremder der Erbschaftsteuerklasse IV angehören würde; er erwirbt den (wohlklingenden) **Namen** des Annehmenden, den er im Wege eines öffentlichrechtl Namensänderungsverfahrens (§ 3 Abs 1 NÄG) nicht erhalten würde. In jüngerer Zeit werden immer wieder Versuche unternommen, mit Hilfe einer Adoption durch deutsche Wahl Eltern die **aufenthaltsrechtl** Situation des anzunehmenden Ausländers zu verbessern. Zu diesen und weiteren Motiven s unten Rz 24 ff. Die entscheidende Frage lautet deshalb, ob und ggf unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist, mit Hilfe einer Volljährigenadoption Rechtsvorteile zu gewähren, die der Gesetzgeber nur „Kindern“ zuerkennt.

- 6 Ist zwischen dem Annehmenden und Anzunehmenden bereits ein **Eltern-Kind-Verhältnis entstanden**, so ist nach § 1767 Abs 1 die Annahme sittlich gerechtfertigt. Die Adoption besiegelt hier gewissermaßen rechtl einen Zustand, der de facto bereits eingetreten ist.

Problematisch sind die Fälle, in denen ein Eltern-Kind-Verhältnis noch nicht 7 besteht. § 1767 Abs 2 iVm § 1741 Abs 1 verlangt hier die **Erwartung, daß zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht**. Darüber hinaus muß die Annahme nach § 1767 Abs 1 sittlich gerechtfertigt sein. Da ein tatsächliches Zusammenleben von Eltern und erwachsenen Kindern und damit auch von Adoptiveltern und Adoptivkindern nicht mehr Wesensmerkmal des Eltern-Kind-Verhältnisses sein kann, fehlt es weitgehend an nachprüfbaren sachlichen Kriterien, um zu ergründen, ob die Voraussetzung des § 1741 Abs 1 erfüllt ist (Näheres unten Rz 14 ff). Innere Beziehungen, die sich nicht zwangsläufig in der Außenwelt manifestieren, sind für den rechtl Bereich schwer faßbar. Bei dem zusätzlichen Erfordernis der „sittlichen Rechtfertigung“ stellt sich das weitere Problem, welche **Motive** der Beteiligten Anerkennung verdienen und welche nicht. Wenn wirklich ein echtes Eltern-Kind-Verhältnis hergestellt werden soll, kommt es dann noch darauf an, welcher konkrete, punktuelle, mit der Adoption zwangsläufig verbundene Einzelvorteil für den Annehmenden oder den Anzunehmenden besonders wichtig ist? Die Tatsache, daß nach hL u Rspr (s unten Rz 22) der erstrebte Einzelvorteil Neben-, aber nicht Hauptzweck der Adoption sein darf, deutet zwar eine Interpretationsrichtung an, erlaubt der Praxis aber kaum, klare Grenzen zu ziehen.

Wer die Volljährigenadoption befürwortet, sollte deshalb offen einräumen, daß 8 **Mißbräuche** zwar bekämpft, aber nicht verhindert werden können. Da der Annahmebeschuß unanfechtbar ist (§ 56 e S 3 FGG), fehlt es leider nicht nur an jedweder richterl Kontrolle in einer 2. Instanz, sondern größtenteils auch an richtungsweisen den höchststrichterlichen Entscheidungen. Die Praxis scheint bei der Zulassung von Volljährigenadoptionen jedenfalls recht großzügig zu verfahren. Nach einer Untersuchung v KRAUSE (50) wurden v 1064 Annahmeverträgen, die in den Jahren 1960–1970 abgeschlossen wurden, nur 6 gerichtl nicht bestätigt; bei der Untersuchung v BICKLER (58) waren es v 724 Annahmeverträgen 4. Wird die Annahme nach § 1768 ausgesprochen, so entfaltet sie volle Rechtswirkungen für und gegen jedermann auch dann, wenn sich später herausstellt, daß ein echtes Eltern-Kind-Verhältnis nie hergestellt werden sollte. Auch eine Aufhebung von Amts wegen kommt nicht in Betracht (§ 1771).

Ausländische Rechtsordnungen versuchen, Mißbräuche zT dadurch auszuschließen, 9 daß sie die Wirkungen der Volljährigenadoption verkürzen. Nach französ Recht (Art 786 Code général des impôts) kommt zB ein adoptierter Volljähriger nur dann in den Genuß erbschaftsteuerlicher Vorteile, wenn er mind 10 Jahre während seiner Minder- oder Volljährigkeit vom Adoptierenden versorgt worden ist. Ähnliches gilt für die USA, denen im übrigen das dem deutschen Recht eigene Statusdenken völlig fremd ist; denn im Gegensatz zum kontinental-europäischen Recht impliziert der Erlaß eines Adoptionsdekrets keineswegs, daß die Beteiligten nunmehr auch alle Rechtswirkungen der Adoption uneingeschränkt in Anspruch nehmen können (Einzelheiten bei FRANK 209 ff, 213).

Trotzdem wird man de lege ferenda vor allem mit Blick auf diejenigen Fälle, in 10 denen ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist, ein **Verbot der Volljährigenadoption** schwerlich fordern können. Zu überlegen wäre allerdings, ob die Volljährigenadoption nicht dadurch weitgehend entbehrlich gemacht werden könnte, daß der Gesetzgeber faktische Eltern-Kind-Verhältnisse auch ohne (Volljährigen-)Adoption stärker schützt, als das bisher der Fall ist (so FRANK 221 ff). Erbschaftsteuerliche Vorteile könnten zB auch Personen zuerkannt werden, die mit dem Erblasser längere Zeit in einer engen Gemeinschaft gelebt haben (zB Pflegekindern, dem Lebensgefährten).

11 Die **internationale Entwicklung** zeigt, daß die Volljährigenadoption sich überall dort, wo sie auf eine längere Geschichte zurückblicken kann, allen Widerständen zum Trotz im wesentlichen hat behaupten können. Sie ist nach wie vor möglich in der *Schweiz*, auch wenn ihre Voraussetzungen durch das Reformgesetz v 30. 6. 1972 erheblich erschwert worden sind (Art 266 Abs 1 ZGB; vgl HEGNAUER, Grundriß des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts [3. Aufl 1989] 88 f Rz 11.29–11.37), in *Österreich* (§ 180 a Abs 1 S 3 ABGB; vgl SCHWIMANN FamRZ 1973, 345, 348 f), *Frankreich* (Art 360 Abs 1 Cc; vgl HAUSER-HUET-WEILLER, *Traité de droit civil – La famille – Fondation et vie de la famille* [1989] 671 ff), *Italien* Art 291 ff Cc; vgl BRAND Rev int dr comp 1985, 631, 634 ff) u *Spanien*, wo sie allerdings durch das Reformgesetz Nr 21 v 11. 11. 1987 auf seltene Ausnahmefälle beschränkt wurde (Art 175 Abs 2 S 2; vgl ARCE Y FLOREZ-VALDES Rev Gen Leg Jur 1987, 741 769). Auch in den *USA* ist die Erwachsenenadoption in fast allen Einzelstaaten anerkannt (FRANK 192 f mNachw). Unbekannt ist die Volljährigenadoption ua in den *sozialistischen Ländern* (FRANK 192 mNachw), *Großbritannien* (BROMLEY, *Family Law* [7. Aufl 1987] 387) u den *Niederlanden* (Art 228 Abs 1 lit a BW).

IV. Voraussetzungen

12 1. Fähigkeit, anzunehmen und angenommen zu werden

§ 1767 Abs 2 verweist auf die allg Adoptionsvoraussetzungen der §§ 1741–1743. Das bedeutet ua, daß auch ein Volljähriger von einer Einzelperson oder einem Ehepaar angenommen werden kann (§ 1741 Abs 2 u 3). Ist der Anzunehmende verheiratet, so schließt dies die Annahme nicht aus (vgl § 1770 Abs 1 S 2). Nicht einmal die gemeinsame Annahme von Ehemann und Ehefrau ist untersagt (vgl zu einem solchen Fall PRANG StAZ 1982, 111; Bundesverband der Standesbeamten StAZ 1983, 106 u StAZ 1984, 110). Der Anzunehmende kann familienfremd oder mit dem Annehmenden verwandt sein. Möglich und in der Praxis häufig vorkommend (s oben Rz 4) ist die Stiefkindadoption (§ 1741 Abs 2 S 2). Grds zugelassen ist auch die Annahme des eigenen nichtehel Kindes durch seine Mutter oder seinen Vater (§ 1741 Abs 3 S 2), obwohl eine solche Adoption bei Volljährigen noch weniger gerechtfertigt erscheint als bei Minderjährigen (vgl § 1741 Rz 33 ff). Wer als Minderjähriger adoptiert worden ist, kann nicht als Volljähriger ein 2. Mal als Kind angenommen werden (Näheres § 1742 Rz 8). Der Anzunehmende braucht nicht geschäftsfähig zu sein (§ 1768 Abs 2), während für den Annehmenden Geschäftsfähigkeit erforderlich ist (§ 1767 Abs 2 iVm § 1743 Abs 4). Die in § 1743 für den Annehmenden normierten Altersefordernisse gelten wegen der Verweisung in § 1767 Abs 2 grds zwar auch für die Erwachsenenadoption, laufen hier aber naturgemäß praktisch leer. Wird ein Ausländer als Kind angenommen, so beurteilt sich dessen Volljährigkeit nach Art 7 Abs 1 EGBGB (§ 1741 Rz 11).

13 2. Wohl des Kindes

Nach § 1767 Abs 2 iVm § 1741 Abs 1 muß die Adoption dem Wohl des Anzunehmenden dienen. Dem Gesetzgeber (RegE BT-Drucks 7/3061, 56. Nr 6 zu § 1767) erschien dieses selbständige Erfordernis bei der Erwachsenenadoption im wesentlichen nur sinnvoll, falls der Anzunehmende geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Beschränkt geschäftsfähige Volljährige gibt es allerdings seit Inkrafttreten des Betreuungsg v 12. 9. 1990 (BGBl I 2002) am 1. 1. 1992 nicht mehr. Ist der Anzunehmende geschäftsfähig, so trifft er mit dem Annahmeantrag

grds selbst die Entscheidung darüber, ob die Adoption seinem Wohl dient, so daß sich insoweit eine besondere vormundschaftsgerichtl Prüfung erübrigt (BayObLG DAVorm 1980, 503, 505; FamRZ 1982, 644, 645; OLG Köln OLGZ 1982, 408, 409 = FamRZ 1982, 844; FamRZ 1990, 800; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6; ERMANN-HOLZHAUER Rz 4).

3. Eltern-Kind-Verhältnis

14

§ 1767 Abs 2 iVm § 1741 Abs 1 verlangt, daß „zu erwarten ist, daß zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht“. Ist ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden, so ist die Annahme ohne weitere Prüfung als sittlich gerechtfertigt anzusehen (s unten Rz 20).

a) Bereits entstandenes Eltern-Kind-Verhältnis

15

Läßt sich die Frage nach der Herstellung eines echten Eltern-Kind-Verhältnisses bei kleinen Kindern im allg leicht beantworten, so wirft die Adoption Volljähriger insoweit erheblich schwierigere Probleme auf. So vertreten Lit u Rspr zu Recht die Ansicht, daß ein tatsächliches Zusammenleben von Eltern und erwachsenen Kindern und damit auch von Adoptiveltern und Adoptivkindern nicht mehr **Wesensmerkmal des Eltern-Kind-Verhältnisses** sei (RGZ 147, 220, 224 = JW 1935, 2132, 2133; BGHZ 35, 75, 84 = NJW 1961, 1461, 1462 f = FamRZ 1961, 306, 308; OLG Köln FamRZ 1990, 800; BRANDIS JW 1934, I 4; BOSCH FamRZ 1964, 401, 408; Voraufll § 1754 Rz 33; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5). Erforderlich sei aber »eine auf Dauer angelegte Bereitschaft zu gegenseitigem Beistand, wie ihn sich leibliche Eltern und Kinder typischerweise leisten“ (BayObLG FamRZ 1982, 644, 645; DAVorm 1980, 503, 506; FamRZ 1980, 1158, 1159; FRES 11, 266, 271 f; NJW 1985, 2094, 2095 = StAZ 1985, 203, 204; OLG Zweibrücken FamRZ 1983, 533, 534; OLG Düsseldorf FamRZ 1985, 832 = StAZ 1985, 163, 164), „eine dauernde innere (seelisch-geistige) Verbundenheit, wie sie zwischen Eltern und Kind auch nach dessen Volljährigkeit geprägt bleibt“ (BayObLG FRES 11, 266, 271; KG FamRZ 1982, 641; OLG Köln OLGZ 1982, 408; OLG Zweibrücken FamRZ 1989, 537, 538; LG Mannheim Justiz 1977, 134 = FamRZ 1979, 80 [LS] = DAVorm 1977, 325 [LS]; LG Berlin FamRZ 1982, 845 [LS]), „ein soziales Familienband, das seinem ganzen Inhalt nach dem durch die natürliche Abstammung geschaffenen ähnelt“ (BayObLG NJW 1985, 2094 = StAZ 1985, 203, 204). „Wöchentliche Besuche zur Unterstützung eines betagten Annehmenden, gemeinsame Interessen und ein Vertrauensverhältnis“ sollen nicht ausreichen (BayObLG NJW 1985, 2094 = StAZ 1985, 203), ebensowenig „freundschaftliche oder kollegiale Beziehungen“ (KG FamRZ 1982, 641).

Mangels jedweder faßbarer Kriterien, ob ein enger persönlicher Kontakt zwischen erwachsenen Menschen die Voraussetzungen eines Eltern-Kind-Verhältnisses erfüllt, begnügt sich die Rspr mit **Indizien**. So sollte der **Altersabstand** zwischen Annehmendem und Anzunehmendem dem zwischen Eltern und leibl Kindern in etwa entsprechen (Adoption abgelehnt bei Altersunterschied v 4¼ Jahren durch OLG Karlsruhe DAVorm 1990, 940, 943 = Die Justiz 1990, 466, 467, 3 bzw 12 Jahren durch OLG Köln FamRZ 1982, 642, 643, 7 Jahren durch OLG Köln OLGZ 1982, 408, 410 = FamRZ 1982, 844, 845, 14 Jahren durch BayObLG DAVorm 1980, 503, 507; Adoption bejaht bei Altersunterschied v 11 Jahren durch LG Mannheim Die Justiz 1977, 134 = FamRZ 1979, 18 [LS] = DAVorm 1977, 325 [LS]). Problematisch bleibt eine Entscheidung des AG Bielefeld (FamRZ 1982, 961), in der die Annahme eines 11 Jahre *älteren* Erwachsenen ausgesprochen wurde, der aufgrund seines geistigen Entwicklungsstandes einem 10–12jährigen

gleichzustellen war. Auch das RG hatte in einer Entscheidung v 25. 3. 1935 ausgeführt, daß ein Altersunterschied von nicht einmal 8 Jahren „für sich allein nicht ausreicht“, die Herstellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses zu verneinen (RGZ 147, 220, 226 = JW 1935, 2132, 2134). Das **Vorhandensein einer eigenen intakten Familie** mit Kindern spricht tendenziell gegen das Bestehen oder Entstehen eines echten Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen Erwachsenen (BayObLG FamRZ 1982, 644, 646; OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 94; KG FamRZ 1982, 641, 642). Entscheidend kann letztlich nur aus dem **äußeren Erscheinungsbild der Beziehungen** geschlossen werden, ob ein Eltern-Kind-Verhältnis besteht, wobei das Gericht sich weitgehend an den (glaubwürdigen) Angaben der Beteiligten wird orientieren müssen (KG FamRZ 1982, 641). Problemlos bleiben nur die Fälle **nachgeholter Minderjährigenadoptionen**, wenn langjährige **Pflege- oder Stiefkinder** erst nach Erreichen des Volljährigkeitsalters adoptiert werden. Für diese Fallgruppe sieht § 1772 Abs 1 lit b sogar die Möglichkeit der Volladoption vor. Bei der ohnehin problematischen **Verwandtenadoption** (§ 1741 Rz 20 ff) verlangt die Rspr eine stärkere Intensivierung der bereits vorhandenen familiären Beziehungen (BGHZ 35, 75, 83 f = NJW 1961, 1461, 1462 = FamRZ 1961, 306, 308; FamRZ 1957, 126, 128 = StAZ 1957, 223, 226; OLG Hamm OLGZ 1968, 370 = FamRZ 1968, 481; AG Deggendorf FamRZ 1984, 1267).

- 17 Unzulässig** sind Erwachsenenadoptionen, die im natürlichen Verwandtschaftsverhältnis keine Entsprechung finden: Ehemann und Ehefrau sollten ebenso wenig gemeinsam adoptiert werden (vgl aber PRANG StAZ 1982, 111 u Bundesverband der Standesbeamten StAZ 1983, 106 u StAZ 1984, 110) wie Mutter und Tochter (vgl aber OLG Frankfurt FamRZ 1982, 848). Geschlechtliche Beziehungen zwischen den Beteiligten stehen der Bejahung eines Eltern-Kind-Verhältnisses ebenfalls entgegen (OLG Frankfurt StAZ 1954, 251 = FamRZ 1955, 55 [LS]; OLG Schleswig SchlHA 1960, 23; ROTH 137 ff).

18 b) Angestrebtes Eltern-Kind-Verhältnis

Ist es schon schwierig, zu klären, ob zwischen erwachsenen Personen ein Eltern-Kind-Verhältnis besteht, so scheint eine zuverlässige Beantwortung der Frage, ob „zu erwarten ist, daß zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht“ (§ 1767 Abs 2 iVm § 1741 Abs 1), nahezu unmöglich. Obwohl es nach § 1741 Abs 1 (anders als nach § 1754 Abs 2 Ziff 2 aF) nicht mehr auf die Absicht ankommt, ein Eltern-Kind-Verhältnis herzustellen, sondern auf die **objektive Erwartung**, ein solches Verhältnis werde entstehen, fehlt es für eine Prognose an brauchbaren Kriterien. Die Rspr verlangt deshalb zu Recht, daß sich die objektive Erwartung, ein Eltern-Kind-Verhältnis werde entstehen, „auf **vergangene und gegenwärtige Umstände**“ stützt (KG FamRZ 1982, 641; auch BayObLG DAVorm 1980, 503, 505; FamRZ 1980, 1158, 1159; FRES 11, 266, 269; NJW 1985, 2094 = StAZ 1985, 203, 204; OLG Frankfurt OLGZ 1980, 104, 105 = FamRZ 1980, 503). In der Sache reduziert sich damit der Anwendungsbereich des § 1767 Abs 2 iVm § 1741 Abs 1 auf diejenigen Fälle, in denen das Bestehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwar noch nicht zur Überzeugung des Gerichts feststeht, aber aufgrund der Gesamtumstände kein Zweifel besteht, daß sich die Beziehungen der Beteiligten – nicht zuletzt aufgrund der Adoption – in der erforderlichen Weise intensivieren werden.

- 19 Bleiben Zweifel**, ob zu erwarten ist, daß zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht, so gehen diese zu Lasten des Antragstellers. Die in der Rspr immer wiederkehrende stereotype Formel, daß „begründete“ Zweifel erforderlich seien (so allerdings § 1754 Abs 2 Nr 2 aF), ist

zwar nicht falsch, aber mißverständlich (vgl etwa OLG Karlsruhe DAVorm 1990, 940, 942 = Die Justiz 1990, 466, 467; BayObLG DAVorm 1980, 503, 506 f; FamRZ 1980, 1158, 1159; FRES 11, 266, 270; FamRZ 1982, 644, 645; OLG Köln FamRZ 1982, 642, 644). Insbes führen Zweifel nicht erst dann zur Ablehnung des Annahmeartrags, „wenn die für und gegen eine Adoption sprechenden Gründe gleichwertig sind“ (so aber OLG Frankfurt OLGZ 1980, 104, 106 = FamRZ 1980, 503). Die Annahme darf vielmehr immer nur dann ausgesprochen werden, wenn positiv zur Überzeugung des Gerichts feststeht, daß ein Eltern-Kind-Verhältnis entstehen wird (so richtig OLG Düsseldorf FamRZ 1985, 832 = StAZ 1985, 163; ebenso OLG Zweibrücken FamRZ 1983, 533; KG FamRZ 1982, 641; BayObLG NJW 1985, 2094 = StAZ 1985, 203, 204). – Vgl auch § 1752 Rz 19.

4. Sittliche Rechtfertigung

20

Die Annahme eines Volljährigen ist sittlich gerechtfertigt, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein **Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden** ist (Abs 1 HS 2). Welcher konkrete Einzelzweck mit der Adoption verfolgt wird, ist unwesentlich. Der Annahmevertrag darf selbst dann nicht abgelehnt werden, wenn die Beteiligten eine rechtl Verfestigung ihrer Beziehungen durch Adoption nur wünschen, um Erbschaftsteuern zu sparen oder eine drohende Ausweisung zu verhindern. Annehmender und Anzunehmender haben sich nach der gesetzl Wertung v Abs 1 HS 2 die Adoption „verdient“. Dies gilt auch dann, wenn das Eltern-Kind-Verhältnis erst zu einem bereits Volljährigen begründet worden ist (aA BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 11).

Große Schwierigkeiten bereitet der Praxis die Frage, unter welchen Voraussetzun- **21**
gen eine Annahme sittlich gerechtfertigt ist, falls nach der Überzeugung des Gerichts „zu erwarten ist, daß zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht“ (§ 1767 Abs 2 iVm § 1741 Abs 1). Da die sittliche Rechtfertigung in Abs 1 HS 1 eine selbständige und zusätzliche Adoptionsvoraussetzung ist, kann diese jedenfalls nicht schon dann bejaht werden, „wenn bei objektiver Betrachtung bestehender Bindungen und ihrer Entwicklungsmöglichkeiten anzunehmen ist, daß sich eine dem Alter der Beteiligten entsprechende Eltern-Kind Beziehung noch ausbilden wird“ (so aber BayObLG DAVorm 1980, 503, 505; FamRZ 1980, 1158, 1159; FRES 11, 266, 269; FamRZ 1982, 644, 645; NJW 1985, 2094 = StAZ 1985, 203, 204). Die Rspr bejaht die sittliche Rechtfertigung immer dann, wenn ein „**familienbezogenes Motiv**“ entscheidender Anlaß für die Annahme ist (OLG Karlsruhe DAVorm 1990, 940, 942; OLG Köln FamRZ 1990, 800; BayObLG 1985, 2094 = StAZ 1985, 203, 204; FamRZ 1982, 644; FRES 11, 266, 269 f; FamRZ 1980, 1158, 1159; DAVorm 1980, 503, 505; OLG Düsseldorf FamRZ 1985, 832 = StAZ 1985, 163, 164; OLG Zweibrücken FamRZ 1983, 533, 534; KG FamRZ 1982, 641; OLG Frankfurt OLGZ 1980, 104, 106 = FamRZ 1980, 503). Als solches wird insbes der Wunsch der Annehmenden anerkannt, „einen Erben zur **Fortführung des Lebenswerkes** (Hof, Betrieb, Praxis) oder eine **Betreuung und Unterstützung bei Krankheit im Alter** zu haben“ (so BayObLG NJW 1985, 2094 = StAZ 1985, 203 u KG FamRZ 1982, 641; auch OLG Zweibrücken FamRZ 1983, 533, 535; OLG Köln OLGZ 1982, 408, 411 = FamRZ 1982, 844, 845; KG FamRZ 1982, 641; OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 94). Auch die **Bereitschaft, „sich unbedingt und auf Dauer in allen Lebenslagen beizustehen“**, soll die Annahme eines Volljährigen sittlich rechtfertigen (OLG Düsseldorf FamRZ 1985, 832 = StAZ 1985, 163, 164; OLG Zweibrücken FamRZ 1983, 533, 534), obwohl diese Bereitschaft sich von dem selbständigen Erfordernis der Herstellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses (§ 1767 Abs 2 iVm § 1741 Abs 1) allenfalls durch die

Intensität der Voraussetzungen unterscheidet. Dagegen wird die Volljährigenadoption als sittlich nicht gerechtfertigt angesehen, wenn mit dem Annahmeverhältnis vornehmlich die **drohende Ausweisung** des ausländischen Anzunehmenden verhindert werden soll (OLG Karlsruhe DAVorm 1990, 940, 943 = Die Justiz 1990, 466, 468; OLG Zweibrücken FamRZ 1989, 537; BayObLG NJW 1985, 2094 = StAZ 1985, 203; FamRZ 1982, 644; FRES 11, 266; FamRZ 1980, 1158; DAVorm 1980, 503; LG Hanau DAVorm 1976, 526, 528; vgl auch FRANK in: FS Radwanski [Poznan 1990] 567, 577 ff; STURM in: FS Firsching [1985] 309; RENNER ZAR 1981, 128) oder **wirtschaftliche Zwecke** verfolgt werden (BayObLG FamRZ 1980, 1158; FamRZ 1982, 644; FRES 11, 266, 269; NJW 1985, 2094 = StAZ 1985, 203, 204). Spielen bei der Adoption mehrere Motive eine Rolle, dann muß nach der Rspr das familienbezogene das **Hauptmotiv** sein. Andere Motive sollen nicht schaden, solange sie **Nebenmotive** bleiben (BayObLG NJW 1985, 2094 = StAZ 1985, 203, 204; FamRZ 1982, 644; OLG Köln FamRZ 1990, 800; OLG Düsseldorf FamRZ 1985, 832 = StAZ 1985, 163, 164; OLG Zweibrücken FamRZ 1983, 533, 534; ebenso BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 10; ERMAN-HOLZHAUER Rz 6; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 13). Ob „mitbestimmende“ (wohl gemeint iS v „gleichwertige“) familienfremde Motive schädlich sind, ist str (dafür: BayObLG DAVorm 1980, 503, 507; FamRZ 1980, 1158, 1159; dagegen: OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 94; offengelassen: KG FamRZ 1982, 641, 642). Nach OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 94 ist selbst die Absicht, jemanden vor der Ausweisung zu bewahren, unschädlich, wenn nur im übrigen eine sittliche Rechtfertigung festzustellen ist (ähnlich insoweit BayObLG NJW 1985, 2094 = StAZ 1985, 203, 204).

22 Die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenmotiven ist verfehlt. Ist zu erwarten, daß zwischen dem Annehmenden und Anzunehmenden ein echtes Eltern-Kind-Verhältnis entstehen wird, und soll der Anzunehmende das Lebenswerk des Annehmenden fortsetzen, so ist die Adoption auch dann sittlich gerechtfertigt, wenn sie in erster Linie der **Ersparung von Erbschaftsteuer** wegen erfolgt (so schon BGH FamRZ 1957, 126, 128; auch OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 94; Voraufll § 1756 Rz 10 mNachw). Die sittliche Rechtfertigung kann nicht, jedenfalls nicht nur danach beurteilt werden, in welcher Reihenfolge die Motive aus der Sicht der Beteiligten zu gewichten sind; erforderlich ist eine **objektive Würdigung der gesamten Umstände des Falles**.

23 Zweifel an der sittlichen Rechtfertigung gehen zu Lasten der Antragsteller (OLG Düsseldorf FamRZ 1985, 832 = StAZ 1985, 163, 164; OLG Köln FamRZ 1982, 642, 644; OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 94, 95; OLG Frankfurt OLGZ 1980, 104, 106 = FamRZ 1980, 503; LG Hanau DAVorm 1976, 526, 528).

24 V. Mißbräuche

Eine Adoption ist immer sittlich gerechtfertigt, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist (§ 1767 Abs 1). Ob die Annahme in concreto aus steuerlichen, namensrechtl, ausländerrechtl, wirtschaftlichen Gründen erfolgt, ist unwesentlich (oben Rz 20). Ist ein Eltern-Kind-Verhältnis noch nicht entstanden, aber anzunehmen, daß es entstehen wird, und ergibt eine objektive Würdigung der gesamten Umstände des Falles, daß die Annahme sittlich gerechtfertigt ist, so kann das mit der Adoption konkret verfolgte Ziel die Zulässigkeit der Adoption auch dann nicht in Frage stellen, wenn dieses Ziel nicht „familienbezogen“ ist (oben Rz 22). Es ist deshalb ungenau, mit Blick auf die Motivation der Beteiligten Namens-, Steueradoptionen etc schlechthin als mißbräuchlich zu brandmarken. Beispielfhaft seien hervorgehoben:

1. Namensadoption

Namens- oder Adelsadoptionen beschäftigten in der ersten Hälfte des Jhs des öfteren die Gerichte (Nachw bei KRAUSE 30–33, 72–74; vgl auch VoraufI § 1754 Rz 37 f), spielen aber heutzutage allenfalls am Rande eine Rolle (BICKLER 69 ff; KRAUSE 20 ff, 119 f). Vor der Reform v 1976 waren Annahmeverträge nichtig, falls die Absicht fehlte, ein echtes Eltern-Kind-Verhältnis herzustellen, und der Anzunehmende (gegen Entgelt) nur den Wunsch hatte, den (meist adligen) Namen des Annehmenden zu erlangen. Nach dem Übergang vom Vertrags- zum Dekretsystem (§ 1768) sind derartige Adoptionen heute jedoch voll gültig und können auch von Amts wegen nicht aufgehoben werden (vgl § 1771).

2. Steueradoption

Adoptionen mit dem Ziel, durch das Aufrücken in die Steuerklasse I (§ 15 ErbStG) Erbschaft- oder Schenkungsteuer zu sparen, dürften nach wie vor häufig vorkommen (ROTH 121 ff; KRAUSE 62 ff, 117 ff; BICKLER 94 ff). Gerade weil die Rspr die Fortführung des Lebenswerkes (Hof, Betrieb, Praxis) immer wieder geradezu als ein Paradebeispiel sittlicher Rechtfertigung der Erwachsenenadoption nennt (oben Rz 21), ist kaum eine Ablehnung von Adoptionsanträgen zu erwarten, wenn der Hof- oder Betriebsnachfolger angenommen werden soll, falls nur die (schwer nachprüfbar) weitere Voraussetzung des § 1767 Abs 2 iVm § 1741 Abs 1 gegeben ist. Sollte sich nach dem Erlaß des Adoptionsbeschlusses herausstellen, daß die Herstellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses nicht beabsichtigt war, bleibt die Adoption dennoch wirksam und muß vor allem steuerlich anerkannt werden (OSWALD FamRZ 1978, 99; TROLL BB 1981, 661, 663; ders, Erbschaftsteuer- und SchenkungsteuerG [3. Aufl] § 15 Rz 9).

3. Adoption zur Verbesserung der aufenthaltsrechtlichen Lage

Adoptionen, bei denen diese Zielsetzung erkennbar ist, können nur in seltenen Ausnahmefällen sittlich gerechtfertigt sein (oben Rz 21, bezügl eines möglichen Ausnahmefalls vgl OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 94). Wird eine Adoption ausgesprochen, ohne daß die gesetzl Voraussetzungen vorliegen, so sind die Verwaltungsbehörden und -gerichte an die Entscheidung gebunden. Allerdings bietet der durch Art 6 Abs 1 GG gewährleistete Schutz der Familie dem adoptierten Ausländer in aller Regel kein Aufenthaltsrecht (BVerfG NJW 1990, 895 = FamRZ 1990, 363; BVerfGE 80, 81 = NJW 1989, 2195 = FamRZ 1989, 715; BVerwGE 69, 359 = NJW 1984, 2780 = FamRZ 1984, 1011; VGH Baden-Württemberg FamRZ 1986, 494 = InfAuslR 1986, 36; OVG Lüneburg InfAuslR 1986, 38; OVG Hamburg FamRZ 1984, 46; BayVGH NVwZ 1982, 387 = InfAuslR 1982, 130 = FamRZ 1983, 1058 [LS]; OVG Münster FamRZ 1981, 1111; vgl außerdem HAILBRONNER JZ 1983, 574, 579 f; HAILBRONNER-RÜBSAAMEN JZ 1986, 1038, 1046 f; RENNER ZAR 1981, 128; ders ZAR 1989, 132; FRANK in FS Radwanski [Poznan 1990] 567, 577 ff; STURM in: FS Firsching [1985] 309; LÜDERITZ, Mißbräuchliche Personenstandsänderung, FS Oehler [1985] 487, 495). „Eine Erwachsenenadoption begründet eine Familie, die in ihrem verfassungsrechtlichen Kern nicht eine Lebens- oder Haushaltsgemeinschaft darstellt, sondern in aller Regel auf eine Begegnungsgemeinschaft angelegt ist und deshalb durch wiederholte Besuche, durch Brief- und Telefonkontakte sowie durch Zuwendungen aufrechterhalten werden kann. Die Versagung der Aufenthaltserlaubnis aus einwanderungspolitischen Gründen ist hier im Hinblick auf Art 6 Abs 1 GG jedenfalls dann unbedenklich, wenn keine Lebens-

verhältnisse bestehen, die einen über die Aufrechterhaltung der Begegnungsgemeinschaft hinausgehenden familienrechtlichen Schutz angezeigt erscheinen ließen“ (BVerfG NJW 1990, 895 = FamRZ 1990, 363; BVerfGE 80, 81, 90 f = NJW 1989, 2195, 2196 = FamRZ 1989, 715, 717). Liegen Lebensverhältnisse vor, die eine Betreuung des Adoptierten erforderlich machen, so geht die Funktion der v Art 6 Abs 1 GG geschützten Beistandsgemeinschaft auch nicht verloren, wenn die Betreuung durch Dritte gewährleistet werden kann (BVerfG NJW 1990, 895, 896 = FamRZ 1990, 363, 364; vgl aber VGH Baden-Württemberg FamRZ 1986, 494 = InfAuslR 1986, 36 u OVG Berlin InfAuslR 1982, 20).

28 4. Adoption zur Umgehung erbrechtlicher Bestimmungen

Die Adoption eines Volljährigen durch einen kinderlosen Erblasser läßt **Pflichtteilsansprüche** der leibl Eltern hinfällig werden. Hinterläßt der Erblasser leibl Abkömmlinge, so wird deren Pflichtteil durch das Hinzutreten eines weiteren gesetzl Erben verkürzt. Auch hier gilt grds, daß beim Vorliegen der Adoptionsvoraussetzungen des § 1767 die Annahme nicht in Frage gestellt ist, auch dann nicht, wenn dem Erblasser die genannten pflichtteilsrechtl Konsequenzen willkommen sind. Etwas anderes kann sich im Einzelfall aus § 1769 ergeben. § 1769 garantiert den Kindern des Annehmenden jedoch keineswegs den wirtschaftlichen status quo. Die Annahme eines langjährigen Pflege- oder Stiefkindes, das den Erblasser im Alter aufopferungsvoll pflegt, kann zB sittlich gerechtfertigt sein, obwohl es dem Erblasser auf eine Verkürzung des Pflichtteilsanspruchs eines leibl Kindes durchaus ankommt, weil dieses sich schwere Verfehlungen gegenüber dem Erblasser hat zuschulden kommen lassen, ohne daß ein Pflichtteilsentziehungsgrund vorläge (so zutr KRAUSE 66).

- 29 Sind in einer letztwilligen Verfügung „**Abkömmlinge**“ oder „**Kinder**“ bedacht, so entscheidet der Erblasserwille, ob auch ein adoptierter Erwachsener in den Genuß der Bestimmung kommen soll (Näheres mit RsprNachw §1754 Rz 13 u § 1770 Rz 20). Eine ohne die Voraussetzungen des § 1767 zustande gekommene Erwachsenenadoption wäre zwar voll gültig, würde aber ihr Ziel entgegen dem Erblasserwillen nicht erreichen können (OLG Stuttgart FamRZ 1981, 818 mAnm BAUSCH).
- 30 In einer Entscheidung v 3. 11. 1969 (NJW 1970, 279 = FamRZ 1970, 79) hatte sich der BGH mit der Frage auseinanderzusetzen, ob es mit Hilfe einer Adoption möglich ist, lästig gewordene **Bindungen an ein gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag** durch Anfechtung (§§ 2281, 2079) abzustreifen. Der BGH bejahte die Frage in einem Fall, in dem der Erblasser seine teils minderjährigen, teils volljährigen Stiefkinder erkennbar nur deshalb adoptiert hatte, weil er seine Verfügungsfreiheit wiedererlangen wollte. Die Entscheidung wäre auch auf dem Boden des geltenden Rechts zutr. Da die Adoption erwachsener Stiefkinder in aller Regel sittlich gerechtfertigt erscheint, kann es keine Rolle spielen, auf welchen konkreten mit der Adoption notwendigerweise verbundenen Rechtsvorteil es den Beteiligten ankommt (Näheres FRANK 198).

31 VI. Sinngemäße Anwendung der Vorschriften über die Annahme Minderjähriger (Abs 2)

Sinngemäß anzuwenden sind die §§ 1741–1743 (oben Rz 12). Nicht anzuwenden sind die §§ 1744, 1745, 1746 Abs 1 u 2, 1747 (§ 1768 Abs 1), ebenso § 1748, da eine elterl Einwilligung bei der Volljährigenadoption nicht erforderlich ist. § 1749 gilt auch für die Erwachsenenadoption, ebenso § 1750, soweit es dort um die Einwilli-

gung des Ehegatten geht. § 1751 paßt nicht für die Erwachsenenadoption. § 1752 Abs 2 gilt auch für den Annahmeantrag nach § 1768 (s dort Rz 2 ff). Sinngemäß anwendbar sind weiter § 1753, die §§ 1754–1756 im Rahmen des § 1772 u § 1757. Dagegen ergibt das besondere Offenbarungs- und Ausforschungsverbot des § 1758 für die Volljährigenadoption keinen rechten Sinn. Die Aufhebung des Annahmeverhältnisses (§§ 1759–1763) wird in § 1771 besonders geregelt (Näheres dort Rz 1), während für die Wirkungen der Aufhebung wiederum die §§ 1764–1766 maßgebend sind.

§ 1768

Die Annahme eines Volljährigen wird auf Antrag des Annehmenden und des Anzunehmenden vom Vormundschaftsgericht ausgesprochen. §§ 1744, 1745, 1746 Abs. 1, 2, § 1747 sind nicht anzuwenden.

Für einen Anzunehmenden, der geschäftsunfähig ist, kann der Antrag nur von seinem gesetzlichen Vertreter gestellt werden.* Ist der Anzunehmende in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so kann er den Antrag nur selbst stellen; er bedarf hierzu der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

BT-Drucks 7/3061, 53, 77; BT-Drucks 7/5087, 21; BT-Drucks 11/4528, 108.

Systematische Übersicht

- | | |
|--|---|
| I. Normzweck und Entstehungsgeschichte
1 | 2. Ermittlungen 7
3. Beschluß 9 |
| II. Anträge 2 | |
| III. Annahmeverfahren
1. Zuständigkeit 6 | IV. Eingeschränkte Anwendbarkeit der Vorschriften über die Annahme Minderjähriger 13 |

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1

Wie bei der Minderjährigenadoption kommt bei der Volljährigenadoption die Annahme seit der Reform v 1976 nicht mehr durch Vertrag, sondern durch Beschluß des VormG auf Antrag des Annehmenden und des Anzunehmenden zustande (**Dekret- statt Vertragssystem**). Bei den Reformarbeiten war zT vorgeschlagen worden, das Vertragssystem für die Volljährigenadoption beizubehalten (ENGLER 107)). Vertrags- und Dekretsystem sind keine unvereinbaren Gegensätze. Ob der entscheidende Akt des Zustandekommens der Adoption mehr im Vertragsrecht (verbunden mit staatlicher Kontrolle durch ein bestätigendes Gericht) oder in einem staatlichen Hoheitsakt (auf der Grundlage eines übereinstimmenden Antrags von Annehmendem und Anzunehmendem) zu sehen ist, ist eine Frage der Gewichtung (Näheres § 1752 Rz 2). Im Interesse einer möglichst einheitlichen Regelung von Minderjährigen- und Volljährigenadoption dürfte die Entscheidung des Gesetzgebers v 1976 jedoch richtig gewesen sein (zur Begründung vgl BT-Drucks 7/3061, 53).

Abs 2 S 2 idF d AdoptG v 1976 hatte bestimmt, daß der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Anzunehmende den Annahmeantrag selbst stellt, dazu aber der Zustimmung seines gesetzl Vertreters bedarf. Durch das **Betreuungsgesetz** (BtG) v

* § 1768 Abs 2 S 2 entfällt aufgrund v Art 1 Nr 26 des **Betreuungsgesetzes** (BtG) v 12.9. 1990 (BGBl I 2002) mit Wirkung vom **1.1.1992**.

12. 9. 1990 (BGBl I 2002) ist Abs 2 S 2 ersatzlos aufgehoben worden, weil es mit Inkrafttreten dieses Gesetzes am 1. 1. 1992 wegen des Wegfalls der Entmündigung keine beschränkt geschäftsfähigen Volljährigen mehr gibt (BT-Drucks 11/4528, 108).

2 II. Anträge

Während bei der Minderjährigenadoption der Annehmende den Antrag stellt (§ 1752 Abs 1) und der Anzunehmende nach § 1746 in die Adoption einwilligt, setzt die Volljährigenadoption einen **Antrag des Annehmenden und des Anzunehmenden** voraus (Abs 1 S 1). Die Anträge sind „ein Akt formellen Rechts, notwendige **Verfahrenshandlung** und Voraussetzung für eine gerichtliche Entscheidung“ (BayObLGZ 1982, 318, 321), auch wenn sie gleichzeitig eine materiellrechtl Erklärung beinhalten (Näheres § 1752 Rz 4). Ist auf eine Erwachsenenadoption ausländisches materielles Recht anzuwenden (Art 22 EGBGB), und folgt dieses dem Vertragssystem, so ist dennoch ein übereinstimmender Antrag des Annehmenden und des Anzunehmenden Voraussetzung dafür, daß ein deutsches VormG tätig wird (BayObLG ZBlJugR 1981, 537, 539 = FRES 10 [1982], 358, 363 = FamRZ 1982, 198 [LS] = IPRax 1981, 220 [LS] mAnm JAYME).

- 3 Die Anträge können nacheinander oder gleichzeitig gestellt werden. Sie bedürfen nach § 1767 Abs 2 iVm § 1752 Abs 2 der **notariellen Beurkundung** und sind bedingungs- und zeitbestimmungsfeindlich.
- 4 **Stellvertretung** ist unzulässig (§ 1767 Abs 2 iVm § 1752 Abs 2 S 1). Näheres § 1752 Rz 4. Dies gilt ohne Ausnahme für den Annehmenden, der nach § 1767 Abs 2 iVm § 1743 Abs 4 unbeschränkt geschäftsfähig sein muß. Für den **Anzunehmenden**, der **geschäftsunfähig** ist, macht § 1768 Abs 2 S 1 eine Ausnahme. Der Antrag kann nur von seinem gesetzl Vertreter gestellt werden. Die Sonderregelung des Abs 2 S 2 für den beschränkt geschäftsfähigen Anzunehmenden ist durch das BtG v 12. 9. 1990 aufgehoben worden (oben Rz 1). Will der gesetzl Vertreter den von ihm Vertretenen selbst annehmen, so muß entsprechend §§ 1795 Abs 2, 181 ein Ergänzungspfleger (§ 1909) bestellt werden (vgl die Fälle OLG Hamm FamRZ 1979, 1082 mAnm d Red = StAZ 1980, 68 u AG Bielefeld FamRZ 1982, 961 mAnm d Red). Verweigert der gesetzl Vertreter des Anzunehmenden ohne triftigen Grund die Stellung des Antrags, so kann dieser gem § 1746 Abs 3 vormundschaftsgerichtl ersetzt werden (vgl ROTH-STIELOW Rz 4–6). Die Anwendbarkeit v § 1746 Abs 3 wird durch § 1768 Abs 1 S 2 klargestellt.
- 5 Die **Anträge** können nach allg fG-Grundsätzen in jedem Stadium des Verfahrens bis zum Wirksamwerden der Annahme, dh bis zur Zustellung des Annahmebeschlusses (§ 56 e S 2 FGG), **zurückgenommen** werden (BayObLGZ 1982, 318, 321; BayObLG ZBlJugR 1981, 537, 539 = FRES 10 [1982], 358, 363 = FamRZ 1982, 198 [LS]; Näheres § 1752 Rz 5). Die Rücknahme bedarf keiner besonderen Form (§ 1752 Rz 7). Rücknahme vor dem Wirksamwerden des Annahmebeschlusses bewirkt Erledigung in der Hauptsache; eine zuvor eingelegte Beschwerde wird unzulässig (BayObLGZ 1982, 318, 320 f).

III. Annahmeverfahren

6 1. Zuständigkeit

Für die internationale, sachliche, örtliche und funktionelle Zuständigkeit gelten die gleichen Bestimmungen, die auch für die Minderjährigenadoption maßgebend sind (vgl § 1752 Rz 8 ff).

2. Ermittlungen

7

Wie bei der Minderjährigenadoption gilt der **Amtsermittlungsgrundsatz** (§ 12 FGG). Das VormG prüft die **Voraussetzungen der Annahme**: ordnungsgemäße Anträge, Einwilligung der Ehegatten bzw deren Ersetzung (§§ 1767 Abs 2, 1749), sittliche Rechtfertigung der Annahme (§ 1767 Abs 1), Erwartung, daß ein Eltern-Kind-Verhältnis entstehen wird (§§ 1767 Abs 2, 1741 Abs 1), Wohl des Anzunehmenden (§§ 1767 Abs 2, 1741 Abs 1), Interessen der Kinder des Annehmenden und des Anzunehmenden (§ 1769). Das JugA wirkt bei der Volljährigenadoption nicht mit. Sämtliche Voraussetzungen müssen beim Erlaß des Adoptionsbeschlusses vorliegen. Wird ein minderjähriger Anzunehmender vor Erlaß des Adoptionsbeschlusses volljährig, so sind auf die Adoption die Vorschriften über die Annahme Volljähriger anzuwenden (AG Kempten StAZ 1990, 108).

Die Antragsteller sind idR persönlich zu hören (BayObLG FamRZ 1982, 644 8 mNachw; auch OLG Köln FamRZ 1982, 642, 643), weil nur so geklärt werden kann, ob die Annahme sittlich gerechtfertigt (§ 1767 Abs 1) bzw ob zu erwarten ist, daß zwischen dem Annehmenden und Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis entstehen wird (§ 1767 Abs 2 iVm § 1741 Abs 1). Ein **Anhörungsrecht** (Art 103 Abs 1 GG) steht den Kindern des Annehmenden und Anzunehmenden zu (§ 1769 Rz 12). Weiter wird man den Eltern des Anzunehmenden einen Anspruch auf rechtl Gehör zubilligen müssen. Dies gilt insbes dann, wenn die Erwachsenenadoption eine Volladoption ist (§ 1772), welche die Verwandtschaftsbeziehungen des Kindes zu seinen Eltern beendet (OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 204; FRANK-WASSER-MANN FamRZ 1988, 1248, 1249; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 10), richtigerweise aber auch dann, wenn nur die Wirkungen des § 1770 eintreten. Auch die einfache Adoption berührt das natürliche Elternrecht, gefährdet durch das Hinzutreten neuer Unterhaltsgläubiger die Unterhaltsansprüche der leibl Eltern und schmälert ihre Erbansprüche (§ 1770 Rz 11 ff). Außerdem müssen die leibl Eltern sich auf die adoptionsbedingten Veränderungen rechtzeitig einstellen können. Den Eltern des Annehmenden steht dagegen – wie auch bei der Minderjährigenadoption – kein Anhörungsrecht zu (vgl § 1745 Rz 22, § 1749 Rz 16 f). Zur Verfassungsbeschwerde bei der Verletzung von Anhörungsrechten vgl § 1771 Rz 4 u § 1759 Rz 9 ff.

3. Beschluß

9

Für den Annahmebeschluß (§ 56 e FGG) gelten die Ausführungen zur Minderjährigenadoption (§ 1752 Rz 23 ff). Ein Ausspruch der Annahme nach dem Tod des Annehmenden ist auch bei der Volljährigenadoption unter den Voraussetzungen des § 1753 Abs 2 möglich.

Der Beschluß, durch den das Gericht die Annahme ausspricht, ist nach § 56 e S 3 10 FGG **unanfechtbar** und **unabänderbar**. Um Unklarheiten über die Wirkungen der Annahme zu vermeiden, ist im Annahmebeschluß anzugeben, auf welcher gesetzl Grundlage (§ 1770 oder § 1772) er beruht (§ 56 e S 1 FGG). Näheres § 1752 Rz 24.

Aus § 56 e S 3 FGG folgt insbes, daß eine Adoption, welche die gesetzl Wirkungen 11 des § 1770 entfaltet, nicht nachträglich auf Antrag in eine Volladoption nach § 1772 umgewandelt werden darf (AG Kaiserslautern StAZ 1983, 17; MünchKomm-LÜDERITZ § 1772 Rz 3). War jedoch der Antrag gem § 1772 rechtzeitig gestellt worden, so kann über diesen in einem späteren Ergänzungsbeschluß entschieden werden (KEIDEL-KUNTZE-WINKLER § 56 e FGG Rz 27 mNachw). Wird Hauptantrag auf Volladoption (§ 1772) und Hilfsantrag auf Adoption mit schwachen Wirkungen (§ 1770) gestellt, so entscheidet das Gericht zweckmäßigerweise vorab über den Hauptantrag (OLG FamRZ 1979, 1082, 1084). Wird der Hauptantrag zurückgewie-

sen und gleichzeitig dem Hilfsantrag stattgegeben, so ist der Annahmebeschluß mit den (Mindest-)Wirkungen des § 1770 nach § 56 e S 3 FGG unanfechtbar. Hat später die einfache Beschwerde gegen die Zurückweisung des Hauptantrags Erfolg, so wird das Dekret um den Zusatz des § 1772 erweitert (BGB-RGRK-DICKESCHIED § 1772 Rz 5; zT aA ERMAN-HOLZHAUER § 1772 Rz 5). Im einzelnen liegen die Probleme im Falle eines Antrags nach § 1772 ähnlich wie bei einem Antrag auf Namensänderung nach § 1757 Abs 2 (ausf dazu § 1757 Rz 32 ff, 45 ff).

- 12 Gegen die Ablehnung des Annahmeantrags ist die **einfache Beschwerde** (§ 19 FGG) gegeben (Näheres § 1752 Rz 35). Beschwerdeberechtigt ist jeder der beiden Antragsteller (§ 20 Abs 2 FGG; vgl BayObLGZ 1982, 318, 320; FRES 11 [1982], 266, 269; FamRZ 1982, 644, 645; OLG Hamm FamRZ 1979, 1082, 1083).

13 IV. Eingeschränkte Anwendbarkeit der Vorschriften über die Annahme Minderjähriger

Abs 1 S 2 nennt einige Bestimmungen, die entgegen der allg Verweisung in § 1767 Abs 2 auf die Volljährigenadoption nicht anzuwenden sind. Die aufgeführten Bestimmungen sind indessen nicht die einzigen nicht anwendbaren Bestimmungen. § 1768 betrifft nur das Zustandekommen der Adoption, und demgemäß sind auch nur die diesbzgl nicht anwendbaren Vorschriften über die Annahme Minderjähriger genannt. Bzgl weiterer nicht anwendbarer Bestimmungen vgl § 1767 Rz 31.

- 14 Für die Erwachsenenadoption ist weder eine Probezeit (§ 1744) noch tatsächliches Zusammenleben zwecks Herstellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses erforderlich. § 1745 (Berücksichtigung von Kindesinteressen) wird durch die speziell auf die Erwachsenenadoption zugeschnittene Regelung des § 1769 ersetzt. An die Stelle der Einwilligung des Kindes (§ 1746 Abs 1 u 2) tritt bei der Volljährigenadoption der Antrag des Anzunehmenden (§ 1768 Abs 1 S 1). Eine Einwilligung der Eltern des Anzunehmenden (§ 1747) ist nicht erforderlich. Diese Regelung ist nicht selbstverständlich. Das Erfordernis der elterl Einwilligung ist Ausfluß des natürlichen Elternrechts und nicht denkbildig davon abhängig, ob der Anzunehmende minderjährig oder volljährig ist. Die Entwürfe zum BGB hatten zB noch das 25. Lebensjahr als Grenze bezeichnet (vgl Vorauf § 1747 Rz 3 u 4; auch ENGLER S 104f). Trotzdem bestehen gegen die Regelung des geltenden Rechts keine verfassungsrechtl Bedenken (OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 204), sofern den Eltern ein Anhörungsrecht zugestanden wird (oben Rz 7).

§ 1769

Die Annahme eines Volljährigen darf nicht ausgesprochen werden, wenn ihr überwiegende Interessen der Kinder des Annehmenden oder des Anzunehmenden entgegenstehen.

BT-Drucks 7/3061, 53 f, 77; BT-Drucks 7/5087, 21.

Systematische Übersicht

- | | |
|--|--|
| <p>I. Entstehungsgeschichte und Normzweck
1</p> <p>II. Entgegenstehende Interessen der Kinder des Annehmenden
1. „Kinder“ des Annehmenden 4
2. Entgegenstehende Interessen 6
3. Abwägung 7</p> | <p>III. Entgegenstehende Interessen der Kinder des Anzunehmenden
1. Allgemeines 9
2. Entgegenstehende Interessen 11</p> <p>IV. Verfahren und Beweislast 12</p> |
|--|--|

I. Entstehungsgeschichte und Normzweck**1**

Da das BGB vor der Reform v 1976 grds keinen Unterschied zwischen Minderjährigen- und Volljährigenadoptionen machte, gelten die Ausführungen zur Entstehungsgeschichte v § 1745 auch für § 1769.

§ 1769 trägt für den Bereich der Volljährigenadoption dem Umstand Rechnung, **2** daß eine Annahme als Kind infolge der Abschaffung des Erfordernisses der Kinderlosigkeit beim Annehmenden (vgl § 1745 Rz 4) zu **Interessenkonflikten zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen** einerseits und **den Kindern des Annehmenden** andererseits führen kann. Zugleich führt sie die **Belange der Kinder des Anzuehmenden** in den Entscheidungsprozeß ein, was hier (etwas) größere Bedeutung hat als bei § 1745. Anders als nach altem Recht (§ 1762 aF) ist allerdings eine förmliche Mitwirkung der Kinder des Anzuehmenden am Zustandekommen der Adoption nicht erforderlich (RegE BT-Drucks 7/3061, 53 f), weil ihre Interessen und die des Anzuehmenden hinsichtlich der Adoption typischerweise korrelieren. Daß die Interessen des Anzuehmenden in § 1769 anders als in § 1745 nicht erwähnt werden, hat seinen Grund darin, daß der Anzuehmende die Annahme ohnehin beantragen muß (§ 1768 Abs 1 S 1) und damit selbst seine Interessen wahrt (vgl auch § 1767 Rz 13 zur grds Irrelevanz des Kindeswohls). Die Vorschrift des § 1769 hat also im wesentlichen dieselbe Funktion wie § 1745 bei der Entscheidung über die Adoption Minderjähriger. Allerdings wird der Konflikt der widerstreitenden Interessen hier entsprechend der zurückhaltenden Bewertung der Volljährigenadoption insg (vgl § 1767 Rz 5 ff) eher zugunsten der jeweiligen Kinder entschieden als im Fall des § 1745 (ähnlich BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 1). Insbes können anders als dort auch vermögensrechtl Interessen ausschlaggebend sein.

An der **Daseinsberechtigung des § 1769** bestehen – stärker noch als an der des **3** § 1745 (vgl § 1745 Rz 7) – Zweifel. Die Vorschrift kann nämlich nur erheblich werden, wenn der Vormundschaftsrichter die sittliche Rechtfertigung der Annahme geprüft und bejaht hat (§ 1767 Abs 1). Da diese Prüfung in einer umfassenden Würdigung der Belange für und wider die Annahme besteht, wird der Antrag bei Vorliegen überwiegender Gegeninteressen der Kinder des Annehmenden oder des Anzuehmenden notwendig schon an der Hürde der sittlichen Rechtfertigung scheitern. § 1769 kann deshalb nur als ein zwar nicht notwendiger, aber zweckmäßiger Appell an den Richter verstanden werden, bei der Feststellung der sittlichen Rechtfertigung den Interessen der Kinder des Annehmenden und des Anzuehmenden gebührend Rechnung zu tragen.

II. Entgegenstehende Interessen der Kinder des Annehmenden**4**

Ebenso wie bei § 1745 ist auch bei § 1769 eine **Interessenabwägung** vorzunehmen, die in folgenden gedanklichen Schritten zu erfolgen hat: Zunächst sind die Interessen des Annehmenden und des Anzuehmenden an der Adoption sowie der Grad ihrer sittlichen Rechtfertigung nach den in § 1767 Rz 14 ff dargestellten Kriterien festzustellen. Sodann sind die der Adoption evtl entgegenstehenden Interessen der Kinder des Annehmenden zu ermitteln. Diese Belange sind einander gegenüberzustellen.

1. „Kinder“ des Annehmenden**5**

Zur Frage, wer „Kind“ iS des § 1769 ist, vgl § 1745 Rz 11 ff. Im Bereich des § 1769 ist das Vorhandensein **entfernter Abkömmlinge** eher denkbar als bei § 1745. Weil im Bereich des § 1769 vermögensrechtl Interessen ausschlaggebend sein dürfen, ist

auch eher vorstellbar, daß sich der Annahme entgegenstehende Interessen solcher Abkömmlinge finden lassen. Auf die entfernteren Abkömmlinge des Annehmenden, insbes seine Enkel, ist deshalb die Vorschrift des § 1769 analog anzuwenden. Der Gesetzgeber beabsichtigte, die in der Vorgängervorschrift (§ 1745 aF) getroffene Regelung („Abkömmlinge“) inhaltlich in § 1745 bzw § 1769 zu übernehmen (vgl auch die synonyme Verwendung der Begriffe „Abkömmlinge“ und „Kinder“ durch den RegE BT-Drucks 7/3061, 33 unter 3); den Begriff des „Abkömmlings“ hat er offenbar ohne die Intention einer sachlichen Abweichung aufgegeben (allgM; Nachw § 1745 Rz 12).

6 2. Entgegenstehende Interessen

Bzgl der Frage, welche Interessen der Kinder einer Annahme entgegenstehen können, gilt grds das zu § 1745 Gesagte (§ 1745 Rz 10 ff). Zu beachten ist, daß angesichts des idR vorgerückten Alters aller Beteiligten eine Beeinträchtigung der **Nichtvermögensinteressen** der leibl Kinder im allg weniger zu befürchten steht als bei der Minderjährigenadoption (MünchKomm-LÜDERITZ Rz 4; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 2; ERMAN-HOLZHAUER Rz 3; zweifelnd SOERGEL-LIERMANN Rz 2). Wichtig ist, daß für die Ablehnung einer Volljährigenadoption auch **Vermögensinteressen** der Kinder des Annehmenden ausschlaggebend sein dürfen; denn eine dem § 1745 S 2 entsprechende Regelung wurde in § 1769 bewußt nicht aufgenommen (RegE BT-Drucks 7/3061, 53). Durch die Annahme gefährdete Vermögensinteressen sind insbes das Erb- und das Pflichtteilsrecht sowie (potentielle) Unterhaltsansprüche (vgl § 1745 Rz 15 ff).

7 3. Abwägung

Die widerstrebenden Interessen sind gegeneinander abzuwägen. **Entgegenstehende Kindesinteressen** führen auch dann, wenn sie erheblich sind, nicht notwendigerweise zur Ablehnung der Adoption; sie müssen nach dem Gesetzeswortlaut „**überwiegen**“ (vgl AG Deggendorf FamRZ 1984, 1265 f und 1267 f).

Zu bedenken ist allerdings, daß den für eine Annahme sprechenden Belangen bei Volljährigkeit des Anzunehmenden oft nur geringes Gewicht zukommt, weil insbes der Gesichtspunkt persönlicher Fürsorge nur ausnahmsweise von Bedeutung ist. Entsprechend wird mit dem Vorliegen schutzwürdiger Gegeninteressen häufig auch deren Überwiegen anzunehmen sein, ohne daß man dies jedoch als „Regel“ ansehen sollte (so aber BayObLGZ 1984, 25, 28 = FamRZ 1984, 419, 420 = DNotZ 1984, 577, 579; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 4 aE; ähnl BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 3; wie hier AG Deggendorf FamRZ 1984, 1265 u 1267 und [zum früheren Recht] OLG Hamm OLGZ 1968, 370 = FamRZ 1968, 481).

Ist zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden bereits ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden, so müssen die entgegenstehenden Kindesinteressen schon von besonderem Gewicht sein, um die Ablehnung einer Adoption rechtfertigen zu können (vgl insoweit die Fälle AG Deggendorf FamRZ 1984, 1265 u 1267).

- 8 **Vermögensinteressen** genießen grds ebenso hohen Rang wie sonstige Belange der Beteiligten. Dies führt allerdings nicht dazu, daß schon die Beeinträchtigung erbrechtl Ansprüche oder eine mögliche Schmälerung von Unterhaltsansprüchen die Annahme ausschließen. Würden schon diese Belange die für die Adoption sprechenden Gesichtspunkte regelmäßig überwiegen, so würde das Erfordernis der Kinderlosigkeit im Bereich der Volljährigenadoption praktisch fortgelten (iE daher zutr AG Deggendorf FamRZ 1984, 1265 u 1267). Daher müssen Umstände hinzu-

treten, die den jeweiligen Nachteil als schwerwiegend erscheinen lassen (vgl auch BayObLGZ 1984, 25, 27 = FamRZ 1984, 419, 420 = DNotZ 1984, 577, 579, nach dem es auf eine „unangemessene“ Beeinträchtigung ankommt). So ist die Annahme dann zu versagen, wenn die Schmälerung oder nicht gehörige Erfüllung von Unterhaltsansprüchen konkret zu besorgen ist. Zur **Gefährdung von Unterhaltsansprüchen** eigener Abkömmlinge vgl auch § 1745 Rz 17. Bei einer Volljährigenadoption fallen allerdings die Unterhaltsinteressen vorhandener Abkömmlinge allg stärker ins Gewicht als bei einer Minderjährigenadoption. Die **Beeinträchtigung erbrechtl Ansprüche** ist erheblich, wenn diesen in concreto besonderes Gewicht zukommt. Das ist zB dann der Fall, wenn sich die Adoption infolge ihrer erbrechtl Konsequenzen auf das berufl Fortkommen des Kindes nachteilig auswirkt (Münch-Komm-LÜDERITZ Rz 4), oder wenn das Kind den elterl Betrieb fortführen soll und das Pflichtteilsrecht des Anzunehmenden dessen Fortbestehen in Frage stellt (BayObLGZ 1984, 25, 28 = FamRZ 1984, 419, 421 = DNotZ 1984, 577, 580; ERMAN-HOLZHAUER Rz 3). Im Einzelfall können aber auch andere Umstände die Adoption verbieten. So steht die Tatsache, daß der Annehmende in der Vergangenheit Unterhaltsansprüche seines Kindes nicht erfüllt oder sonst seinen elterl Pflichten in erheblicher Weise zuwidergehandelt hat, einer erbrechtl Beeinträchtigung der Kindesinteressen infolge einer Volljährigenadoption regelmäßig entgegen (vgl BVerfG NJW 1988, 1963 = FamRZ 1988, 1247, 1248; AG Hamburg DAVorm 1969, 71). Umgekehrt ist bei früherem Fehlverhalten des Kindes, etwa bei grundloser Verweigerung von Hilfeleistungen in der Bewirtschaftung des elterl Betriebes (OLG Celle ZBlJugR 1960, 305, 306) oder bei fehlender Unterstützung des Annehmenden im Alter (vgl AG Deggendorf FamRZ 1984, 1267), eine Minderung der erbrechtl Aussichten eher gerechtfertigt. Ein solches Fehlverhalten kann aber nicht schon in der Wahl eines Berufs gegen den Willen des Annehmenden gesehen werden (vgl aber ERMAN-HOLZHAUER Rz 3 aE).

III. Gegenstehende Interessen der Kinder des Anzunehmenden

1. Allgemeines

9

Obwohl das Ges auch bei der Minderjährigenadoption die Interessen bereits vorhandener Kinder des Anzunehmenden schützt (§ 1745, vgl dort Rz 19), spielt dieser Schutz praktisch doch nur bei der Volljährigenadoption im Rahmen des § 1769 eine Rolle.

Vor Inkrafttreten des AdoptG v 1976 wurden die Interessen der Kinder des Anzunehmenden zT dadurch gewahrt, daß sie dem Annahmevertrag beitreten mußten, um in dessen Wirkungen einbezogen zu werden (§ 1762 S 2 aF). Soweit ihre Interessen unabhängig von diesen Wirkungen beeinträchtigt waren, fanden sie sich ohne Schutz.

Durch das **AdoptG v 1976** ist die Rechtsstellung der Kinder des Anzunehmenden **10** insofern geschwächt worden, als die Adoption unabhängig von ihrer Zustimmung Verwandtschaftsbeziehungen zum Annehmenden begründet (nicht zu dessen Verwandten, § 1770 Abs 2). Bei der Volladoption nach § 1772 iVm § 1754 werden die Kinder des Anzunehmenden sogar *nolens volens* in die weitere Verwandtschaft des Annehmenden mit einbezogen und verlieren entsprechend Verwandte in der Ursprungsfamilie (§ 1755). Andererseits müssen heute *alle* entgegenstehenden Interessen der Kinder des Anzunehmenden im Annahmeverfahren geprüft und den für eine Adoption sprechenden Belangen gegenübergestellt werden. Eine Abwägung

entscheidet darüber, welchen Interessen der Vorrang zu geben ist. Bzgl der Art der beeinträchtigten Interessen und ihrer Bedeutung im Rahmen der Abwägung gilt grds das oben Rz 6 ff Gesagte.

11 2. Entgegenstehende Interessen

Gegen eine Annahme sprechende Interessen von Kindern des Anzunehmenden sind allerdings kaum ersichtlich (vgl § 1745 Rz 19): Eine Beeinträchtigung der **Pflege und Erziehung** ist aufgrund der Adoption von Vater oder Mutter in aller Regel nicht zu erwarten. Durch §§ 1757 Abs 1 S 4 iVm 1617 Abs 2 ist ausgeschlossen, daß sich der **Geburtsname** von Kindern ab Vollendung des 5. Lebensjahres gegen ihren Willen ändert (Näheres § 1757 Rz 20). Wünscht das mind 5 Jahre alte Kind eine Namensänderung nicht, so sind Störungen aufgrund der Namensverschiedenheit zwischen dem Angenommenen und seinem Kind im allg nicht zu erwarten (vgl BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5). Bemessen sich die Wirkungen der Volljährigenadoption nach § 1770, so behalten die Kinder des Anzunehmenden ihre sämtlichen Verwandten. Ihre **unterhalts- und erbrechtl Ansprüche** bleiben also insoweit unverändert. Durch das Hinzutreten neuer Großeltern (oder zumindest eines Großelternteils) verbessert sich sogar ihre Situation (vgl § 1770 Abs 3). Allerdings mehren sich auch die potentiellen Unterhaltspflichten dieser Kinder. Das allein wiederum kann einer Annahme nicht entgegenstehen. Daß Kinder des Anzunehmenden Gefahr laufen, zu Unterhaltsleistungen gegenüber dem Annehmenden herangezogen zu werden, ist höchst unwahrscheinlich: Es müßte schon der Annehmende ohne Einkommen und unvermögend und der Anzunehmende zugleich nicht hinreichend leistungsfähig sein – alles zu einem Zeitpunkt, zu dem das Kind (Enkel des Anzunehmenden!) zu Unterhaltsleistungen in der Lage ist (§§ 1602 Abs 1, 1603 Abs 1, 1606 Abs 2). Eher denkbar ist der Fall, daß der Anzunehmende im Verhältnis gegenüber dem Annehmenden unterhaltspflichtig wird und seine Kinder hieraus faktische (vgl § 1609) Beeinträchtigungen erfahren.

Bei der Volladoption nach § 1772 werden dem Kind seine leibl Großeltern genommen. Hierdurch kann es im Einzelfall zu einer Beeinträchtigung seiner materiellen oder auch immateriellen Interessen kommen (Verlust von Erb- und Pflichtteilsansprüchen; Beeinträchtigung persönlicher Beziehungen). Indessen wird der Anzunehmende bei Erwartung solcher, ihn selbst elementar treffender Schwierigkeiten im eigenen Interesse von der Stellung des Antrags nach § 1768 Abs 1 Abstand nehmen.

12 IV. Verfahren und Beweislast

Die Kinder des Annehmenden und des Anzunehmenden haben ein **Anhörungsrecht** (§ 1745 Rz 22 ff). Wird dieses verletzt, so ist der Annahmebeschluß zwar nicht mit ordentlichen Rechtsmitteln anfechtbar (§ 56 e S 3 FGG); er kann auch nicht wegen des Verfahrensfehlers nach § 1771 aufgehoben werden. Dem Betroffenen steht aber die Verfassungsbeschwerde offen. Vgl dazu im einzelnen § 1759 Rz 9 ff, auch § 1771 Rz 4 u § 1745 Rz 25.

Zur **Beweislast**, falls unklar bleibt, ob überwiegende Interessen der Kinder des Annehmenden oder des Anzunehmenden der Adoption entgegenstehen, vgl § 1745 Rz 26.

§ 1770

Die Wirkungen der Annahme eines Volljährigen erstrecken sich nicht auf die Verwandten des Annehmenden. Der Ehegatte des Annehmenden wird nicht mit dem Angenommenen, dessen Ehegatte wird nicht mit dem Annehmenden ver schwägert.

Die Rechte und Pflichten aus dem Verwandtschaftsverhältnis des Angenommenen und seiner Abkömmlinge zu ihren Verwandten werden durch die Annahme nicht berührt, soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt.

Der Annehmende ist dem Angenommenen und dessen Abkömmlingen vor den leiblichen Verwandten des Angenommenen zur Gewährung des Unterhalts ver pflichtet.

BT-Drucks 7/3061, 54 f; BT-Drucks 7/5087, 21.

Systematische Übersicht

- | | |
|--|---|
| <p>I. Normzweck und Entstehungsgeschichte
1</p> <p>II. Begründung familienrechtlicher Bezie-
hungen nur zum Annehmenden, nicht zu
dessen Verwandten (Abs 1) 3</p> <p>III. Kein Erlöschen der bisherigen Ver-
wandtschaftsverhältnisse (Abs 2) 9</p> | <p>IV. Folgen der neuen, durch Adoption be-
gründeten Rechtsstellung</p> <p>1. Im Zivilrecht 10</p> <p>a) Namen 10</p> <p>b) Unterhalt 11</p> <p>c) Erbrecht 14</p> <p>aa) Tod des Angenommenen</p> <p>bb) Tod des Annehmenden 18</p> <p>cc) „Abkömmling“ oder „Kind“ in letztwil-
liger Verfügung 20</p> <p>2. Im öffentlichen Recht 21</p> |
|--|---|

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1

Im Falle einer Volljährigenadoption hat der Anzunehmende seine Eltern, Geschwi-
ster, Verwandten im Guten wie im Bösen bereits erfahren. Anders als bei der
Minderjährigenadoption können diese Beziehungen rechtl nicht einfach ausgelöscht
und ersetzt werden. Außerdem erscheint es nicht gerechtfertigt, mit Hilfe der
Adoption eine künstliche Verwandtschaft nicht nur zum Annehmenden, sondern
auch zu dessen Verwandten herzustellen, was im übrigen oft auch nicht dem
Wunsch des Anzunehmenden entsprechen dürfte. Die Volladoption als Regeltyp
scheidet deshalb für die Erwachsenenadoption aus (vgl ENGLER 44 f). Soweit **auslän-
dische Rechtsordnungen** wie etwa die *Schweiz* und die *nordischen* Länder auch für
die Annahme Volljähriger nur die Volladoption vorsehen, beschränken sie diese
von vornherein auf Fallgruppen, die denen des § 1772 ähneln (für die *Schweiz*
Art 266 Abs 1 ZGB; für die *nordischen* Länder ergeben sich die Einschränkungen
nicht aus dem Gesetzestext, vgl aber KORKISCH, Einführung in das Privatrecht der
nordischen Länder [1977] 130). Im Prinzip stehen jedoch diese Rechtsordnungen
der Volljährigenadoption ablehnend gegenüber. Weitere rechtsvgl Hinw bei § 1767
Rz 11 u § 1745 Rz 5.

Der Gesetzgeber v 1976 hat die Erwachsenenadoption als sog einfache **Adoption 2
mit schwächeren Wirkungen** ausgestaltet. Sie entspricht im wesentlichen der Min-
derjährigenadoption nach altem Recht (BT-Drucks 7/3061, 54). Da sich die Wirkun-
gen von Minderjährigen- und Volljährigenadoption vor 1976 nicht unterschieden,
hat die **Reform v 1976** an der Volljährigenadoption **nur wenig geändert**, sieht man
einmal von der Möglichkeit der Volladoption nach § 1772 ab. Wortgleich mit § 1763

aF beschränkt § 1770 Abs 1 die Adoptionswirkungen auf die unmittelbar Betroffenen; Rechtsbeziehungen zur Familie des Annehmenden werden nicht begründet. § 1770 Abs 2 ordnet entsprechend § 1764 aF an, daß Rechte und Pflichten des Kindes gegenüber seinen leiblichen Verwandten durch die Annahme nicht berührt werden. § 1770 Abs 3 schließlich regelt die Rangfolge der Unterhaltsverpflichtung von leiblichen Eltern und Adoptiveltern in gleicher Weise wie § 1766 aF. **Unterschiede gegenüber dem alten Recht** bestehen insoweit, als ein Erbrecht des Annehmenden nach dem Angenommenen nicht mehr ausgeschlossen wird (§ 1767 Abs 2 iVm § 1754 gegenüber § 1759 aF). Außerdem erstrecken sich die Wirkungen der Annahme automatisch auf bereits vorhandene Abkömmlinge des Anzunehmenden (§ 1767 Abs 2 iVm § 1754), während § 1762 aF eine Wirkungserstreckung nur vorsah, wenn der Annahmevertrag auch mit den schon vorhandenen Abkömmlingen geschlossen wurde.

3 II. Begründung familienrechtlicher Beziehungen nur zum Annehmenden, nicht zu dessen Verwandten (Abs 1)

Die Adoption führt dazu, daß der Volljährige **eheliches Kind des Annehmenden** wird (§ 1767 Abs 2 iVm § 1754 Abs 2). Wird er von einem Ehepaar oder als Kind des einen Ehegatten vom anderen adoptiert, so erhält er die Rechtsstellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes der Ehegatten (§ 1767 Abs 2 iVm § 1754 Abs 1).

4 Dabei erstrecken sich die Wirkungen der Adoption auch auf **Abkömmlinge des Angenommenen**. § 1767 Abs 2 iVm § 1754 ordnet diese Adoptionsfolge an, die im übrigen in § 1770 Abs 3 vorausgesetzt wird. So werden die Kinder des Angenommenen Adoptivenkel und Kindeskind Adoptivurenkel des Annehmenden, unabhängig davon, ob sie bei der Annahme bereits vorhanden waren oder nicht (BT-Drucks 7/3061, 54). Die Unterscheidung zwischen bereits vorhandenen und nachgeborenen Abkömmlingen (§ 1762 aF) hat das AdoptG 1976 aufgegeben. Auch das schon verheiratete Kind des Angenommenen wird Adoptivenkel des Annehmenden. Der Ehegatte des Kindes wird nach § 1590 mit dem Annehmenden verschwägert, nicht aber der Ehegatte des Angenommenen (dazu unten Rz 7).

5 Die **automatische Einbeziehung vorhandener Abkömmlinge des Angenommenen in das Annahmeverhältnis** war von ENGLER (FamRZ 1975, 125, 136) kritisiert worden. In der Tat wirkt es befremdlich, daß einem möglicherweise schon erwachsenen Kind des Anzunehmenden gegen seinen Willen neue Großeltern aufgezungen werden, auch wenn die Rechtsbeziehungen zu den alten Großeltern fortbestehen (§ 1770 Abs 2). § 1769 löst das Problem nicht (ganz), weil es dort um die Frage geht, ob Kindesinteressen einer Adoption entgegenstehen, während es hier darum geht, ob vorhandene Abkömmlinge in die Wirkungen der Annahme einbezogen werden. Obwohl materielle Interessen der Abkömmlinge des Anzunehmenden kaum auf dem Spiele stehen dürften (vgl. § 1769 Rz 11), hätte der Gesetzgeber besser daran getan, bei der Volljährigenadoption künstliche Verwandtschaftsbeziehungen konsequent nur dort zu begründen, wo die Beteiligten dies auch wünschen – von den Sonderfällen des § 1772 einmal abgesehen.

6 Anders als bei der Minderjährigenadoption **erstrecken sich die Wirkungen der Annahme nicht auf die Verwandten des Annehmenden** (Abs 1 S 1). So wird der Angenommene nicht mit den Kindern des Annehmenden verschwägert. Die Eltern des Annehmenden werden nicht seine Großeltern. Entsprechendes gilt für die Abkömmlinge des Anzunehmenden, auf die sich die Adoptionswirkungen erstrecken.

Des weiteren sind auch die Wirkungen der **Schwägerschaft** ausgeschlossen (Abs 1 7 S 2). Die Ehegatten des Annehmenden und des Anzunehmenden müssen zwar der Adoption zustimmen (§ 1767 Abs 2 iVm § 1749), werden aber rechtl von der Annahme nicht berührt. Das hat die merkwürdige Konsequenz, daß der Annehmende zwar nicht mit dem Ehegatten des Angenommenen verschwägert wird, wohl aber mit dem Ehegatten eines Kindes des Angenommenen (oben Rz 4). Auch wenn die Schwägerschaft nach geltendem Recht nur geringe Rechtswirkungen entfaltet, zeigt dieses Beispiel doch, wie wenig durchdacht die Regelung im einzelnen ist.

Nach AG Kempten StAZ 1990, 108 treten die Wirkungen des § 1770 nicht ein, wenn 8 ein Volljähriger fälschlich nach den Vorschriften über die Adoption Minderjähriger angenommen wurde, ebenso wie umgekehrt nach BayObLGZ 1986, 155, 159 f = StAZ 1986, 318, 319 für einen irrtümlich nach §§ 1767 ff adoptierten, nach seinem Heimatrecht noch minderjährigen Griechen § 1770 maßgeblich bleiben soll.

III. Kein Erlöschen der bisherigen Verwandtschaftsverhältnisse (Abs 2)

9

Anders als bei der Minderjährigenadoption (vgl § 1755 Rz 2) scheidet der angenommene Volljährige nicht aus seiner bisherigen Familie aus, gleichgültig, ob die bisherige Verwandtschaft auf Abstammung oder auf Adoption beruht. Bei Annahme durch ein Ehepaar erhält der Angenommene somit neben den bisherigen Eltern ein zweites Elternpaar, seine Kinder erhalten ein drittes Großelternpaar.

IV. Folgen der neuen, durch Adoption begründeten Rechtsstellung

1. Im Zivilrecht

a) Namen

10

Zum Namen des Angenommenen vgl § 1757, eine Bestimmung, die nach § 1767 Abs 2 uneingeschränkt auf die Volljährigenadoption Anwendung findet. Das gilt auch für die Vornamensänderung nach § 1757 Abs 2, obwohl diese bei volljährigen ebenso wie bei minderjährigen Angenommenen fortgeschrittenen Alters praktisch nicht in Betracht kommt (GERNHUBER § 63 II Fn 3; aA MünchKomm-LÜDERITZ Rz 4).

b) Unterhalt

11

Im Unterhaltsrecht führt die Vermehrung der Elternteile bei der Erwachsenenadoption zu einer entsprechenden **Vermehrung der Ansprüche, aber auch der Pflichten** des Angenommenen.

Nach **Abs 3** ist der Annehmende dem Angenommenen und dessen Abkömmlingen vor den leibl Verwandten des Angenommenen zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet. Nach dem Wortlaut des Abs 3 könnte man wie schon nach dem Wortlaut des § 1766 aF (vgl VoraufI § 1766 Rz 3) annehmen, die Unterhaltspflicht des Annehmenden gegenüber dem Angenommenen gehe auch der Unterhaltspflicht der Abkömmlinge des Angenommenen vor. Eine solche Abweichung vom Grundsatz des § 1606 Abs 1 wäre jedoch durch nichts sachlich gerechtfertigt und widerspräche dem Sinn des Abs 3. Unter den „leibl Verwandten“ des Angenommenen wird man in einschränkender Auslegung der Vorschrift **nur die gleich weit entfernten Verwandten aufsteigender Linie** zu verstehen haben (Nachw VoraufI § 1766 Rz 3; außerdem BGB-RGRK-DICKESCHIED § 1770 Rz 4; SOERGEL-LIERMANN Rz 5). Auch der Umstand, daß der Gesetzgeber den Ehegatten des Angenommenen nicht

erwähnt hat, bestätigt die Auslegung, daß hier nur das Verhältnis der Unterhaltsansprüche gegen leibl und Adoptivverwandte aufsteigender Linie geregelt, der Vorrang der Unterhaltspflicht der Abkömmlinge (§ 1606 Abs 1) und des Ehegatten (§ 1608) des Angenommenen dagegen nicht berührt werden sollte. Was die Unterhaltspflicht des Annehmenden gegenüber den Abkömmlingen des Angenommenen anbelangt, so gilt Entsprechendes: Der Annehmende haftet einem Kind des Angenommenen gegenüber zwar vor den leibl Großeltern, nicht aber vor dem Angenommenen selbst.

- 12** Für die **Unterhaltspflicht des Angenommenen gegenüber Adoptiveltern und leibl Eltern** enthält das Adoptionsrecht keine Sonderregelung. Das führt dazu, daß der Angenommene alten und neuen Eltern gleichrangig zur Unterhaltsleistung verpflichtet ist. Reichen seine Mittel zur Befriedigung aller Unterhaltsansprüche nicht aus, so sind die Mittel unter den Elternteilen proportional nach Bedürfnissen – nicht nach Köpfen, nicht nach Elternschaften – zu verteilen; § 1609 regelt den Fall nicht (GERNHUBER § 63 II 6).
- 13** Wird ein **nichtehel Kind** von seinem Vater oder seiner Mutter angenommen, so führt die Regelung des Abs 1 iVm Abs 3 dazu, daß der adoptierende Elternteil vorrangig vor dem nichtadoptierenden Elternteil zum Unterhalt verpflichtet wird, während der Angenommene selbst nach wie vor beiden Elternteilen gegenüber unterhaltspflichtig bleibt (ebenso das alte Recht, vgl Voraufl § 1766 Rz 9–11). Im übrigen ändert sich (auch erbrechtlich) an der Rechtsstellung des Kindes gegenüber seinen Eltern kaum etwas, so daß eine Adoption mit den Wirkungen des § 1770 wenig Sinn ergibt.

c) Erbrecht

14 aa) Tod des Angenommenen

Verstirbt der Angenommene kinderlos, so wird er in der 2. Ordnung von seinen Adoptiveltern und seinen leibl Eltern beerbt. Aus dem Erbrecht der leibl und der Adoptiveltern gegenüber dem Angenommenen ergibt sich jedoch nicht, wie sich die Erbberechtigung beider Elternpaare zueinander verhält; denn § 1925 geht erkennbar nur von einem Elternpaar aus. Im RegE (BT-Drucks 7/3061, 54) war ohne nähere Erklärung eine Ergänzung der Vorschrift des § 1925 nicht für erforderlich gehalten worden. Dem § 1925 Abs 2 (Eltern erben zu gleichen Teilen) und ergänzend dem § 1926 Abs 2 (zwei Großelternpaare erben zu gleichen Teilen) kann aber folgende Lösung entnommen werden:

Adoptiveltern und leibl Eltern erben zu gleichen Teilen, wenn der Angenommene kinderlos verstirbt.

Lebt zZ des Erbfalls von dem leibl Elternteil der Vater oder die Mutter nicht mehr, so treten an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge. Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, so fällt der Anteil des Verstorbenen dem anderen Teil des Elternpaares und, wenn dieser nicht mehr lebt, dessen Abkömmlingen zu (§ 1925 Abs 3).

Lebt zZ des Erbfalls von dem Adoptivelternpaar der Vater oder die Mutter nicht mehr, so fällt der Anteil des Verstorbenen dem anderen Teil des Elternpaares zu. Abkömmlinge der Annehmenden scheiden als Erben aus, weil sich die Wirkung der Adoption nicht auf sie erstreckt (§ 1925 Abs 2 S 2).

- 15** Die hier vertretene Ansicht beruht auf der **Ausgangsüberlegung, daß nach dem Willen des Gesetzgebers jedes Elternpaar einen Stamm bildet und jeder Stamm – ähnlich wie im Falle des § 1926 – zur Hälfte erbberechtigt ist** (ebenso BÜHLER

BWNotZ 1977, 129, 132; DITTMANN Rpfleger 1978, 277, 282 f; KEMP MittRhNotK 1977, 137, 138 f; ROTH 231 f; LANGE-KUCHINKE § 14 IV 4; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6; ERMAN-HOLZHAUER Rz 5; SOERGEL-LIERMANN Rz 6; MünchKomm-LEIPOLD § 1925 Rz 8). Nach einer Mindermeinung soll § 1925 Abs 2 in dem Sinne wörtlich angewandt werden, daß beim Vorversterben eines Adoptivelternteils ebenso wie beim Vorversterben eines kinderlosen leibl Elternteils die verbliebenen 3 Elternteile Erben zu je $\frac{1}{3}$ werden (so MünchKomm-LÜDERITZ Rz 6; STAUDINGER-WERNER § 1925 Rz 9 u 12). Die Anwendung des Rechtsgedankens v § 1926 Abs 3 dürfte jedoch näher liegen als eine Ausweitung des § 1925 Abs 2 auf den vom Gesetzgeber nicht bedachten Fall, daß ein Kind rechtl 4 Elternteile hat.

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so fällt der den Adoptiveltern zugedachte 16 Anteil v $\frac{1}{2}$ erst dann an die leibl Verwandten des Kindes, wenn beide Adoptiveltern-teile vorverstorben sind. Umgekehrt kommen die Adoptiveltern anstelle der leibl Eltern erst zum Zug, wenn beide Elternteile ohne Abkömmlinge vorverstorben sind (so auch ROTH 232; LANGE-KUCHINKE § 14 IV 4; MünchKomm-LEIPOLD § 1925 Rz 8). Die Ansicht, daß die Nachlaßhälfte der leibl Eltern erst dann den Adoptiveltern zugutekommen soll, wenn überhaupt keine leibl Verwandten mehr vorhanden sind (DITTMANN Rpfleger 1978, 277, 283; KEMP MittRhNotK 1977, 137, 139; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6; ERMAN-HOLZHAUER Rz 5), dürfte an § 1930 scheitern: die leibl Eltern und ihre Abkömmlinge gehören der gleichen Ordnung an wie die Adoptiveltern. Auch von der Sache her dürfte es nicht gerechtfertigt sein, leibl Verwandte der 3. oder einer fernerer Ordnung den Adoptiveltern vorzuziehen.

Wurde der Erblasser nicht von einem Ehepaar, sondern von einer Einzelperson als 17 Volljähriger adoptiert, so bleibt es bei der Aufteilung nach Stämmen: Der Annehmende wird Erbe zu $\frac{1}{2}$, nicht zu $\frac{1}{3}$ (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6; ERMAN-HOLZHAUER Rz 5; aA wiederum MünchKomm-LÜDERITZ Rz 6; STAUDINGER-WERNER Rz 9; auch SOERGEL-STEIN Rz 6, der sich unter Rz 7 allerdings für eine Erbfolge nach Stämmen ausspricht).

bb) Tod des Annehmenden

18

Der Annehmende wird nach § 1924 Abs 1 vom Angenommenen beerbt. Stirbt dieser später kinderlos, so fällt das ererbte Vermögen an seine leibl Verwandten, die mit dem Annehmenden nicht verwandt sind – ein Ergebnis, das dem Willen des Annehmenden oft nicht entsprechen wird. Vor der Reform v 1976 war diese Konsequenz nicht nur bei der Volljährigen-, sondern auch bei der Minderjährigen-adoption unausweichlich, weil das Kind zwar seine Adoptiveltern beerbt (§ 1757 aF), selbst aber nur von seinen leibl Verwandten beerbt wurde (§ 1759 aF). Wie nach altem Recht bei der Beurkundung des Annahmevertrags muß deshalb der Notar heute (bei der Beurkundung des Annahmeantrags) den Annehmenden nach § 17 BeurkG über diese Folgen der Adoption belehren (BGHZ 58, 343 = NJW 1972, 1422 = FamRZ 1972, 449). Andernfalls macht er sich schadensersatzpflichtig (§ 19 BNotO). Der Annehmende kann zwar anders als nach altem Recht (§ 1767 Abs 1 aF) das Erbrecht des Anzunehmenden nicht ausschließen, aber durch erbrechtl Vertragsgestaltung zu verhindern suchen, daß sein Vermögen in die blutsfremde Familie des Anzunehmenden abfließt. Auch der umgekehrte Weg muß bedacht werden, daß nämlich Vermögen der Blutsverwandten über den Angenommenen an die Adoptiveltern gerät.

Fremde Rechtsordnungen wie das *anglo-amerikanische* (vgl PÜTTER, Adoption in 19 den USA [1972] 221 ff) und das *französ* Recht (Art 368–1 Cc; vgl FERID-SONNENBERGER, Das französische Zivilrecht, Bd 3 [2. Aufl 1987] 5 B 106 ff) wirken dem Abwandern von Vermögenswerten in (bluts-)fremde Hände durch ein sog **Heimfall-**

recht entgegen, das im Grundsatz besagt: Stirbt der Adoptierte kinderlos, so fällt das von den Adoptiveltern stammende Vermögen deren Verwandten zu, während Vermögenswerte, die von den leibl Verwandten herrühren, wieder an deren Familienangehörige zurückgehen. Zu den Nachteilen dieses Systems vgl ROTH 235 ff.

20 cc) „Abkömmling“ oder „Kind“ in letztwilliger Verfügung

Werden in einer letztwilligen Verfügung „Kinder“ oder „Abkömmlinge“ bedacht, so fallen darunter grds nicht nur adoptierte Minderjährige (§ 1754 Rz 13), sondern auch adoptierte Volljährige (so iE OLG Frankfurt OLGZ 1972, 120 = FamRZ 1972, 396 [LS]). Allerdings kann gerade bei einer Erwachsenenadoption die Auslegung zu einem anderen Ergebnis führen. Dies gilt insbes dann, wenn die Adoption erst nach dem Tod des Erblassers erfolgt ist. Hier wird es nur selten dem Erblasserwillen entsprechen, wenn ein adoptierter Erwachsener im Nachhinein in den Genuß einer letztwilligen Verfügung (als Nacherbe oder Vermächtnisnehmer) gebracht wird (vgl BayObLGZ 1984, 246 = FamRZ 1985, 426 = MDR 1985, 235; OLG Stuttgart FamRZ 1981, 818 mAnm BAUSCH; LG Stuttgart FamRZ 1990, 214).

21 2. Im öffentlichen Recht

Nach § 6 RuStAG erwerben Ausländer, die nach Vollendung des 18. Lebensjahres von einem *deutschen* Staatsangehörigen als Kind angenommen werden, nicht die *deutsche Staatsangehörigkeit*. Zur **aufenthaltsrechtl Stellung** des von einem *deutschen* Staatsangehörigen adoptierten ausländischen Erwachsenen vgl § 1767 Rz 27. Nach § 15 ErbStG wird ein adoptierter Volljähriger auch in die **Erbschaftsteuerklasse I** befördert (Näheres § 1767 Rz 26); er behält darüber hinaus schon wegen § 1770 Abs 2 die steuerrechtl Vergünstigungen in der Ursprungsfamilie. Stirbt der Angenommene, so gehören Eltern und Adoptiveltern gleichermaßen der Steuerklasse III an.

§ 1771

Das Vormundschaftsgericht kann das Annahmeverhältnis, das zu einem Volljährigen begründet worden ist, auf Antrag des Annehmenden und des Angenommenen aufheben, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Im übrigen kann das Annahmeverhältnis nur in sinngemäßer Anwendung der Vorschriften des § 1760 Abs. 1 bis 5 aufgehoben werden. An die Stelle der Einwilligung des Kindes tritt der Antrag des Anzunehmenden.

BT-Drucks 7/3061, 24–27, 55; BT-Drucks 7/5087, 21.

Systematische Übersicht

- | | |
|--|--|
| I. Normzweck und Entstehungsgeschichte
1 | a) Verhältnis zu § 1763 5
b) Übergeleitete Minderjährigenadoptionen 7 |
| II. Nichtigkeit, Aufhebbarkeit, Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung rechtlichen Gehörs 3 | c) Volladoption nach § 1772 8
2. Wichtiger Grund 9
3. Beiderseitiger Antrag 11 |
| III. Aufhebung aus wichtigem Grund (S 1)
1. Volljährigenadoption als Voraussetzung 5 | IV. Aufhebung wegen Erklärungsmangels (S 2 und 3) 16 |

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

Das **AdoptG v 1976** hat die **Aufhebung der Volljährigenadoption** in § 1771 selbständig und inhaltlich anders als die **Aufhebung der Minderjährigenadoption** in §§ 1759 ff geregelt. Soweit die Adoption an Begründungsmängeln leidet, verweist allerdings S 2 auf § 1760. Die Aufhebung wegen nachträglichen Scheiterns ist aber nach S 1 von anderen Voraussetzungen abhängig als in § 1763. Die unterschiedliche Regelung ist gerechtfertigt: Eine Aufhebung von Amts wegen, wie sie in § 1763 Abs 1 für die Minderjährigenadoption vorgesehen ist, kommt für die Volljährigenadoption kaum in Betracht. Außerdem steht § 1763 in engem Zusammenhang mit § 1742 und gestattet nach Abs 3 eine Aufhebung der Minderjährigenadoption grds nur, um das Kind besser geeigneten Eltern neu zuordnen zu können. Bei einer Volljährigenadoption scheidet diese Zielsetzung aus.

Vor der Reform v 1976 führten gravierende Begründungsmängel zur Nichtigkeit der Adoption. Einer Aufhebung entsprechend § 1771 S 2 iVm § 1760 nF bedurfte es deshalb nicht (vgl § 1760 Rz 2). Im übrigen stand es den an der Adoption Beteiligten frei, das einmal begründete Annahmeverhältnis durch Vertrag wieder aufzuheben (§ 1768 aF). Ein wichtiger Grund iS des heutigen § 1771 S 1 brauchte allerdings nicht vorzuliegen. Im Zuge der Reformarbeiten war eine § 1768 aF entsprechende Regelung für die Volljährigenadoption vorgeschlagen worden. Der Gesetzgeber folgte aber dieser Anregung nicht. Die Aufhebung sollte nur durch Gerichtsbeschluß möglich sein und nicht der bloßen „Willkür der Beteiligten“ überlassen werden (BT-Drucks 7/3061, 55).

II. Nichtigkeit, Aufhebbarkeit, Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung rechtlichen Gehörs

Eine **nichtige Adoption** braucht nicht aufgehoben zu werden. Allerdings sind Nichtigkeitsgründe selten (Näheres § 1759 Rz 5 ff). Wirksam ist eine Volljährigenadoption insbes auch dann, wenn sie ohne die Absicht, ein Eltern-Kind-Verhältnis herzustellen, nur aus erbschaftsteuerlichen oder aufenthaltsrechtl Gründen erfolgte (unbestr, vgl § 1767 Rz 8; auch BGHZ 103, 12, 17 = NJW 1988, 1139, 1140 = FamRZ 1988, 390, 391 f; OLG Köln NJW 1980, 63 mAnm LÜDERITZ 1087).

Eine **Aufhebung des Annahmeverhältnisses** nach § 1771 S 1 ist nur auf Antrag des Annehmenden und des Anzunehmenden, nach § 1771 S 2 nur auf Antrag des Annehmenden oder des Anzunehmenden möglich. Die anhörungsberechtigten Abkömmlinge des Annehmenden und des Anzunehmenden werden durch § 1771 ebensowenig geschützt wie die Eltern des Anzunehmenden (vgl § 1768 Rz 2). Bei **Verletzung des Anspruchs auf rechtl Gehör** (Art 103 Abs 1 GG) kommt jedoch eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses nach Maßgabe der Ausführungen zu § 1759 Rz 11 f in Betracht. Führt die **Verfassungsbeschwerde** zur Aufhebung des Adoptionsbeschlusses, so sollte auch hier eine rückwirkende Beseitigung des Statusverhältnisses ausgeschlossen sein (vgl § 1759 Rz 13). Wenn eine Aufhebung bei fehlendem Antrag des Annehmenden oder des Anzunehmenden nach § 1771 S 2 u 3 nur mit ex-nunc-Wirkung möglich ist, sind bei einer Verletzung von Anhörungsrechten keine strengeren Sanktionen möglich.

III. Aufhebung aus wichtigem Grund (§ 1)

1. Volljährigenadoption als Voraussetzung

5 a) Verhältnis zu § 1763

§ 1771 S 1 gilt nur für Annahmeverhältnisse, die „zu einem Volljährigen begründet“ worden sind. Wurde das Annahmeverhältnis zu einem Minderjährigen hergestellt, so kommt während der Minderjährigkeit des Angenommenen eine Aufhebung nach § 1763 in Betracht. Nach Erreichung des Volljährigkeitsalters scheidet dagegen nach dem klaren Gesetzeswortlaut eine Aufhebung sowohl gem § 1763 als auch gem § 1771 S 1 aus. Die Rspr (OLG Hamm NJW 1981, 2762 = FamRZ 1981, 498 = DAVorm 1981, 391; OLG Düsseldorf NJW-RR 1986, 300; OLG Zweibrücken NJW-RR 1986, 1391 = FamRZ 1986, 1149; OLG Stuttgart OLGZ 1988, 268 = NJW 1988, 2386 = FamRZ 1988, 1096; BayObLG FamRZ 1990, 204; unklar BayObLGZ 1978, 258 = FamRZ 1978, 944 = DAVorm 1978, 775, inzwischen klargestellt durch BayObLGZ 1989, 383, 386 = FamRZ 1990, 204, 205; auch BayObLG FamRZ 1990, 1392, 1393) und der überwiegende Teil der Lehre (PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 8 a; **aA** BOSCH FamRZ 1978, 656, 664 unter VII b, FamRZ 1984, 829, 842 u FamRZ 1986, 1149 f; ERMAN-HOLZHAUER § 1759 Rz 5 u 6; unklar SOERGEL-LIERMANN Rz 10, der in krassen Ausnahmefällen eine Korrektur am Maßstab der Artt 1 u 2 GG für geboten hält) lehnen zutr eine **entsprechende Anwendung v § 1771 S 1 auf inzwischen volljährig gewordene Adoptivkinder** ab. Von einer Regelungslücke kann nicht gesprochen werden. Der Gesetzgeber hat gesehen, daß jede Minderjährigenadoption eines Tages in ein Annahmeverhältnis zu einem Volljährigen übergeht, das dann unaufhebbar ist. „Das geltende Recht kennt auch bei einem auf Geburt beruhenden Eltern-Kind-Verhältnis keine Einschränkung, nachdem das Kind volljährig geworden ist.“ (BT-Drucks 7/3061, 27; vgl auch 55 zu § 1771 unter Nr 4; ausf zur Entstehungsgeschichte OLG Hamm NJW 1981, 2762 = FamRZ 1981, 498 = DAVorm 1981, 391). Unvernünftig oder gar sinnlos ist die gesetzl Regelung nicht. Schon die Minderjährigenadoption ist ähnl stabil ausgestaltet wie das natürliche Eltern-Kind-Verhältnis. Daran ändert § 1763 nichts; denn diese Bestimmung ist im wesentlichen nur eine Folge des (verfehlten) § 1742 (vgl dazu § 1763 Rz 1). Ist aber die Minderjährigenadoption grds unaufhebbar, dann erscheint es nur konsequent, wenn das Annahmeverhältnis auch nach Erreichen des Volljährigkeitsalters nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Rechtl stehen nach dem 18. Lebensjahr des Adoptivkindes ohnehin nur vermögensrechtl Interessen (Unterhalt, Erbrecht) auf dem Spiel. Diese Folgen der Adoption sollten die Beteiligten in gleicher Weise hinnehmen wie Eltern und leibl Kinder. Mit „Volladoptionismystik“ (STÖCKER FamRZ 1974, 568, 569) hat das jedenfalls nicht zu tun. Im übrigen würde eine Aufhebung der Minderjährigenadoption den Angenommenen nach Jahren oder Jahrzehnten nicht nur aus der Adoptivfamilie ausgliedern, sondern mit allen unterhalts- und erbrechtl Konsequenzen wieder in seine Ursprungsfamilie zurückführen (§ 1764). § 1772 S 2 schließt deshalb sogar die Aufhebung der Erwachsenen-Volladoption entsprechend § 1771 S 1 aus.

- 6 Da das zu einem Minderjährigen begründete Annahmeverhältnis nicht mehr aufgehoben werden kann, sobald dieser das Volljährigkeitsalter erreicht hat, ist wegen § 1742 auch eine **Zweitadoption** des inzwischen volljährig Gewordenen ausgeschlossen. Näheres zu diesem vom Gesetzgeber nicht bedachten Ergebnis unter § 1742 Rz 8, 11.

b) Übergeleitete Minderjährigenadoptionen

7

Für **Minderjährigenadoptionen, die vor dem 1. 1. 1977 begründet wurden** und nach Art 12 § 2 Abs 2 S 1 AdoptG zur Adoption neuen Rechts erstarkten, gilt das bereits Gesagte. Sie können nicht mehr aufgehoben werden, sobald der Angenommene das Volljährigkeitsalter erreicht hat (BayObLGZ 1989, 383, 385 = FamRZ 1990, 204; OLG Düsseldorf NJW-RR 1986, 300; OLG Hamm NJW 1981, 2762 = FamRZ 1981, 498 = DAVorm 1981, 391; OLG Stuttgart OLGZ 1988, 268 = NJW 1988, 2386 = FamRZ 1988, 1096). Haben die Beteiligten nach Art 12 § 2 Abs 2 S 2 eine Erklärung dahingehend abgegeben, daß die Vorschriften des AdoptG v 1976 nicht angewandt werden sollen, so bestimmt sich gem Art 12 § 3 Abs 2 S 3 die Aufhebbarkeit des Annahmeverhältnisses während der Minderjährigkeit des Kindes nach § 1763 Abs 1 u 2 (vgl Vorbem 66 zu § 1741; BayObLG FamRZ 1990, 97; Münch-Komm-LÜDERITZ Vor § 1741 Rz 59; BOSCH FamRZ 1978, 656, 663 f; aA BEHN ZBIJugR 1977, 463, 482). Nach Erreichen des Volljährigkeitsalters ist gem Art 12 § 3 Abs 1 AdoptG § 1771 maßgebend (vgl Vorbem 66 zu § 1741; BayObLGZ 1989, 383, 385 = FamRZ 1990, 204, 205; BayObLG FamRZ 1990, 97; BayObLGZ 1978, 258 = FamRZ 1978, 944 = DAVorm 1978, 775; MünchKomm-LÜDERITZ Vorbem § 1741 Rz 59). Hier kann also eine zu einem Minderjährigen begründete Adoption noch aufgehoben werden.

c) Volladoption nach § 1772

8

Im Falle einer Volladoption gem § 1772 scheidet nach § 1772 S 2 eine Anwendung v § 1771 S 1 aus. Das Annahmeverhältnis kann nur wegen Erklärungsmängeln aufgehoben werden (vgl § 1772 Rz 8).

2. Wichtiger Grund

9

Eine vertragliche Aufhebung des Annahmeverhältnisses war **vor der Reform v 1976** möglich, ohne daß ein wichtiger Grund vorlag (§ 1768 aF). Im RegE (BT-Drucks 7/3061, 55) heißt es dazu:

„Es ist nicht gerechtfertigt, die Aufhebung des Annahmeverhältnisses auf Antrag der Annehmenden und des Angenommenen grundlos und nach Willkür der Beteiligten zuzulassen. Zwar steht der freien Aufhebbarkeit nicht mehr das Wohl eines Minderjährigen entgegen. Die Zugehörigkeit zu einem Familienverband ist jedoch auch für den Volljährigen von erheblicher Bedeutung. Deshalb soll das Vormundschaftsgericht das zu einem Volljährigen begründete Annahmeverhältnis nur aufheben können, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.“

Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Annehmenden oder dem Angenommenen eine Fortsetzung des Annahmeverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (GERNHUBER § 63 III 7; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4). Obwohl einseitige **Unzumutbarkeit** genügt, ist der Schutz des Annehmenden und des Anzunehmenden dadurch gewährleistet, daß beide nur gemeinsam den Antrag auf Aufhebung des Annahmeverhältnisses stellen können (dazu unten Rz 11 ff). Die Unzumutbarkeit kann auf ein schuldhaftes schweres Fehlverhalten des Angenommenen oder des Annehmenden zurückzuführen sein, aber auch auf einer schuldlosen Zerrüttung der Beziehungen beruhen (BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 3). Es reicht nicht aus, wenn sich die geplante Herstellung des Eltern-Kind-Verhältnisses lediglich schwieriger gestaltet als erwartet, oder wenn das Annahmeverhältnis aufgrund nicht vorhersehbarer Umstände einem oder beiden Beteiligten lästig wird. Ein wichtiger Grund liegt außerdem vor, wenn die **Annahme von vornherein sittlich nicht gerechtfertigt** war, weil es den Beteiligten nicht um die Herstellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses, sondern um die Erlangung Aufenthaltsrechtl oder erbschaftsteuerlicher oder sonstiger wirtschaftlicher Vorteile ging (vgl BGHZ 103, 12 = NJW 1988, 1139 =

FamRZ 1988, 390). Hier könnte man trotz des erforderlichen beiderseitigen Antrags zweifeln, ob die Fortsetzung des Annahmeverhältnisses den Beteiligten nicht zugemutet werden sollte. Das öffentliche Interesse an der Beseitigung sittlich nicht gerechtfertigter Adoptionen sollte aber den Ausschlag geben. Schützenswerte Drittinteressen können im Einzelfall gegen eine Aufhebung sprechen. So darf trotz schwerer Zerrüttung des Annahmeverhältnisses die Unterhaltslast des Annehmenden nicht ohne weiteres mit Hilfe einer gemeinsam beantragten Aufhebung der Adoption wieder den leibl Eltern aufgebürdet werden.

- 10** Das VormG hat **von Amts wegen** (§ 12 FGG) zu prüfen, ob ein wichtiger Grund iS v § 1771 S 1 vorliegt. Es ist dabei auf die Mitwirkung der Antragsteller angewiesen. Obwohl oft kein Anlaß bestehen wird, an den übereinstimmenden Angaben des Annehmenden und des Angenommenen zu zweifeln, kann die Überprüfung nicht auf die Ernstlichkeit der Anträge und den freien Entschluß der Antragsteller beschränkt werden (so aber MünchKomm-LÜDERITZ Rz 7). Schlechte Erfahrungen mit dem Scheidungsrecht aus der Zeit vor dem 1. EheRG v 1976 erlauben es nicht, am eindeutigen Willen des Gesetzgebers vorbeizugehen. Man sollte deshalb auch nicht von einer Indizwirkung der Anträge sprechen (zutr GERNHUBER § 63 II Fn 10; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 5; ROTH-STIELOW Rz 3; SOERGEL-LIERMANN Rz 9; BayObLGZ 1978, 1, 4 = FamRZ 1978, 736, 738 = StAZ 1978, 158, 159; aA ERMAN-HOLZHAUER Rz 7; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 7).

11 3. Beiderseitiger Antrag

Das **Erfordernis eines beiderseitigen Antrags** ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut. Einige Autoren meinen, der ratio der Bestimmung besser gerecht zu werden, wenn sie das Wort „und“ nicht iS einer Antragskumulation, sondern von „und auch“ („oder“) verstehen. Nach ihrer Auffassung soll bei Vorliegen eines wichtigen Grundes eine Aufhebung auch auf **einseitigen Antrag** möglich sein (so ERMAN-HOLZHAUER Rz 6; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 1; vgl auch BOSCH FamRZ 1978, 656, 665 f bei Fn 120). Diese Auffassung stößt auf die geschlossene Ablehnung der Rspr (BGHZ 103, 12 = NJW 1988, 1139 = FamRZ 1988, 390; Vorlagebeschluß KG NJW-RR 1987, 777 = FamRZ 1987, 635; KG OLGZ 1987, 306 = NJW-RR 1987, 776 = MDR 1987, 585; OLG Karlsruhe FamRZ 1988, 979; OLG Hamm NJW 1981, 2762 = FamRZ 1981, 498; OLG Frankfurt OLGZ 1982, 421 = FamRZ 1982, 1241; BayObLGZ 1978, 1 = FamRZ 1978, 736 = MDR 1978, 579; AG Langen MDR 1980, 1021; aA ohne Auseinandersetzung mit der Rspr AG Leutkirch FamRZ 1989, 538). Auch in der Lit wird überwiegend ein kongruenter beiderseitiger Antrag für erforderlich gehalten (ENGLER FamRZ 1976, 584, 592; GERNHUBER § 63 II 7; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 2; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 2; SOERGEL-LIERMANN Rz 3).

- 12** Auf das Erfordernis eines beiderseitigen Antrags zu verzichten, besteht kein Anlaß. Der **Gesetzeswortlaut** ist deutlich genug, und aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich klar, daß an die Stelle des nach früherem Recht möglichen Aufhebungsvertrags (§ 1768 aF) der „gemeinsame“, „übereinstimmende“ Antrag des Annehmenden und des Anzunehmenden auf Aufhebung des Annahmeverhältnisses treten sollte (Bericht des RAussch BT-Drucks 7/5087, 8, 21; auch RegE BT-Drucks 7/3061, 27, 55). Ausf zur Entstehungsgeschichte KG NJW-RR 1987, 777 = FamRZ 1987, 635 u OLG Hamm NJW 1981, 2762 = FamRZ 1981, 498. Bei den Reformarbeiten waren im übrigen die spezifischen Probleme der Erwachsenenadoption in der Lit nur spärlich behandelt worden. Der Umstand, daß einige Autoren sich seinerzeit für die Möglichkeit der Aufhebung auf einseitigen Antrag ausgesprochen hatten (ENGLER 113; STÖCKER FamRZ 1974, 568, 569; früher schon HEINISCH, Beendigung und

Nichtigkeit der Adoption [1960] 33 f), vermag am Willen des Gesetzgebers keine Zweifel aufkommen zu lassen (vgl aber ERMAN-HOLZHAUER Rz 5; BOSCH FamRZ 1978, 656, 661 f).

§ 1771 S 1 hat im übrigen an der Rechtslage, wie sie vor Inkrafttreten des AdoptG v 13 1976 bestand, nichts Wesentliches geändert. Auch nach altem Recht war die Aufhebung einer Volljährigenadoption auf einseitiges Betreiben nicht möglich (vgl VoraufI § 1770 a Rz 5). Zwar war durch Art 5 des Ges v 12. 4. 1938 (RGBl I 380) eine solche Möglichkeit geschaffen, später aber wieder durch das FamRÄndG v 11. 8. 1961 aufgehoben worden (Näheres VoraufI § 1770 a Rz 2-4). Die Veränderung, die § 1771 S 1 gebracht hat, erschöpft sich mithin darin, daß das beiderseitige Betreiben der Aufhebung vom Vertragssystem in das Dekretsystem übergeführt und das Erfordernis eines wichtigen Grundes hinzugefügt wurde. Allerdings waren nach altem Recht Adoptionsverträge nach §§ 119 ff anfechtbar (vgl VoraufI § 1755 Rz 1 ff); sie konnten auch als Scheingeschäfte oder wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein (VoraufI § 1756 Rz 5 ff). Die Frage, ob und inwieweit sich Mängel beim Zustandekommen der Adoption auf die Bestandskraft des Annahmeverhältnisses auswirken, ist heute in § 1760, auf den § 1771 S 2 verweist, abschließend geregelt. **Rechtsmißbräuchliche Adoptionen**, die früher nach § 138 nichtig waren, werden allerdings v § 1760 nicht erfaßt und können deshalb nur aufgrund eines gemeins Antrags des Annehmenden und des Angenommenen nach § 1771 S 1 aufgehoben werden. Die abweichende Ansicht des OLG Köln (NJW 1980, 63) ist auf allg Ablehnung gestoßen (BGHZ 103, 12 = NJW 1988, 1139 = FamRZ 1988, 390; KG [Vorlagebeschluß] NJW-RR 1987, 777 = FamRZ 1987, 635; LÜDERITZ NJW 1980, 1087). Für Mißbrauchsfälle besteht auch keinerlei Anlaß, eine Aufhebung auf einseitigen Antrag zuzulassen (BGHZ 103, 12 = NJW 1988, 1139 = FamRZ 1988, 390; KG [Vorlagebeschluß] NJW-RR 1987, 777 = FamRZ 1987, 635). De lege ferenda wäre allenfalls an eine Aufhebung von Amts wegen zu denken, die aber das geltende Recht bei der Volljährigenadoption nicht kennt (**aA** BGB-RGRK-DICKE-SCHIED Rz 9).

Der gesetzl Regelung kann auch nicht der **Vorwurf der Absurdität oder völligen 14 Unvernunft** gemacht werden. Wenn eine Minderjährigenadoption nach Erreichen des Volljährigkeitsalters durch den Angenommenen ebenso wenig aufgehoben werden kann wie eine Volljährigenvolladoption nach § 1772, dann paßt sich die Regelung des § 1771 S 1, die immerhin eine eingeschränkte Aufhebungsmöglichkeit vorsieht, durchaus in das Gesamtsystem ein. Richtig ist allerdings, daß das zu einem Volljährigen begründete Annahmeverhältnis mit den Wirkungen des § 1770 nicht uneingeschränkt dem natürlichen Kindschaftsverhältnis gleichgestellt werden kann (ERMAN-HOLZHAUER Rz 5). Der Gesetzgeber hätte deshalb bei gravierendem Fehlverhalten eines Beteiligten eine Aufhebung auf einseitigen Antrag durchaus vorsehen können. Aber er hat es eben nicht getan, weil er es für richtig hielt, auch die Volljährigenadoption so stabil wie möglich auszugestalten. Damit haben sich die Beteiligten, die eine Erwachsenenadoption anstreben, abzufinden. Die unerwünschten Folgen der Adoption liegen ohnehin im wesentlichen nur auf unterhalts- und erbrechtl Gebiet, wo die Härterege lungen der §§ 1611, 2333, 2339 einen gewissen, wenn auch schwachen Schutz gewähren. Einen apriorischen Rechtsgrundsatz, daß Dauerrechtsverhältnisse aus wichtigem Grund vorzeitig beendbar sein müssen (so BOSCH FamRZ 1978, 656, 665), kennt jedenfalls das Familienrecht nicht (BGHZ 103, 12, 18 = NJW 1988, 1139, 1140 = FamRZ 1988, 390, 392).

Nach einem **Notventil für krasse Härtefälle** sollte man in Anbetracht der klaren 15 gesetzl Regelung nicht suchen. Insbes kann das **Schikaneverbot** (§ 226) den zweiten Antrag nicht entbehrlich machen (so aber ROTH-STIELOW Rz 4; SOERGEL-LIERMANN

Rz 6; OLG Frankfurt OLGZ 1982, 421 = FamRZ 1982, 1241, 1242; **dagegen** KG OLGZ 1987, 306, 309 = NJW-RR 1987, 776, 777 = MDR 1987, 585 f; KG FamRZ 1987, 635, 636; OLG Karlsruhe FamRZ 1988, 979, 980; GERNHUBER § 63 II Fn 8). Unklar bleibt, was das KG (OLGZ 1987, 306, 310 = NJW-RR 1987, 776, 777 = MDR 1987, 585, 586 unter Berufung auf LÜDERITZ NJW 1980, 1087, 1088 u MünchKomm Fn 13 der Voraufll) mit dem dunklen Satz meint, daß dem Angenommenen im Einzelfall – anders als dem leibl Kind – die Berufung auf das Bestehen des Annahmeverhältnisses unter den Voraussetzungen des § 826 versagt werden könne. Selbst bei schweren Vergehen oder Verbrechen des Angenommenen gegenüber dem Annehmenden ist keine dem § 1771 im Range vorgehende Rechtsnorm zu erkennen, die eine Aufhebung auf einseitigen Antrag gebieten würde. Es ist weder ein Verstoß gegen die Menschenwürde noch gegen die durch Art 2 GG geschützten persönlichen Freiheitsrechte noch gegen das **Willkürverbot (Art 3 GG)**, wenn die Beteiligten auch bei „katastrophal fehlgeschlagenen Adoptionen“ (vgl STÖCKER FamRZ 1974, 568, 569) an das Annahmeverhältnis gebunden bleiben, sofern nur einer der Beteiligten sich der Aufhebung widersetzt (so zutr KG OLGZ 1987, 306, 309 f = NJW-RR 1987, 776, 777 = MDR 1987, 585, 586; KG FamRZ 1987, 635, 636 f; OLG Karlsruhe FamRZ 1988, 979, 980).

16 IV. Aufhebung wegen Erklärungsmangels (S 2 und 3)

Leidet die Adoption an einem Erklärungsmangel, so kann das Annahmeverhältnis „in sinngemäßer Anwendung der Vorschriften des § 1760 Abs 1–5 aufgehoben werden“. Die Bestimmung ist „sehr **unglücklich gefaßt**“ (ENGLER FamRZ 1976, 584, 592). Da § 1760 keine weiteren Abs enthält, hätten auch die Abs 1–5 nicht erwähnt zu werden brauchen. Außerdem hätte es des Zusammenhangs wegen nahegelegen, auch die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der §§ 1761 u 1762 anzusprechen, für die nunmehr die allg Verweisungsnorm des § 1767 Abs 2 maßgebend ist. Die „eilige Redaktion“ hat durch Überarbeitungen und Umstellungen in der Schlußphase (BT-Drucks 7/5087, 21) nicht gerade an Klarheit gewonnen.

- 17 Daß § 1760 „**sinngemäß**“ anzuwenden ist, bedeutet insbes, daß nur fehlende oder mangelhafte Erklärungen des Annehmenden und des Angenommenen zu einer Aufhebung führen können. § 1771 S 3 stellt klar, daß an die Stelle der Einwilligung des Kindes in § 1760 Abs 1 der Antrag des Anzunehmenden tritt. Eine Einwilligung der Eltern des Anzunehmenden ist bei der Volljährigenadoption ohnehin nicht erforderlich, und die fehlende oder mangelhafte Einwilligung des Ehegatten tangiert die Bestandskraft der Volljährigenadoption ebensowenig wie die der Minderjährigenadoption.
- 18 „Sinngemäße Anwendung“ heißt weiter, daß § 1760 Abs 2 lit e u Abs 5 überhaupt nicht anwendbar sind (Näheres BISCHOF JurBüro 1976, 1569, 1588 f; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 11; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 4 u 5). Die Anwendbarkeit v § 1761 Abs 2 (Kindeswohlgefährdung) wird zwar nicht über § 1771 S 2, wohl aber über § 1767 Abs 2 ausgeschlossen (vgl insoweit auch die ursprüngl Fassung v § 1771 Abs 1 S 2 iVm § 1760 Abs 5 im RegE BT-Drucks 7/3061, 7 f). § 1762 bleibt über § 1767 Abs 2 anwendbar.

Problematisch ist die im Gesetzgebungsverfahren nicht weiter bedachte Anwendung v § 1771 S 2 iVm § 1760 Abs 4: Eine **arglistige Täuschung über Vermögensverhältnisse** mag bei der Minderjährigenadoption irrelevant sein, sollte aber vor allem in Fällen der Hofübergabe oder Unternehmensnachfolge trotz der „Tendenz zur Personalisierung des Adoptionsrechts“ (GERNHUBER § 63 II Fn 7) Beachtung finden (so auch MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5, SOERGEL-LIERMANN Rz 12, BGB-RGRK-

DICKESCHIED Rz 11). Weiterhelfen kann hier allerdings nur eine Argumentation, die § 1760 Abs 4 Alt 1 für nicht sinngemäß anwendbar erklärt (so BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 11).

§ 1772

Das Vormundschaftsgericht kann beim Ausspruch der Annahme eines Volljährigen auf Antrag des Annehmenden und des Anzunehmenden bestimmen, daß sich die Wirkungen der Annahme nach den Vorschriften über die Annahme eines Minderjährigen oder eines verwandten Minderjährigen richten (§§ 1754 bis 1756), wenn

- a) ein minderjähriger Bruder oder eine minderjährige Schwester des Anzunehmenden von dem Annehmenden als Kind angenommen worden ist oder gleichzeitig angenommen wird oder
- b) der Anzunehmende bereits als Minderjähriger in die Familie des Annehmenden aufgenommen worden ist oder
- c) der Annehmende sein nichteheliches Kind oder das Kind seines Ehegatten annimmt.

Das Annahmeverhältnis kann in einem solchen Fall nur in sinngemäßer Anwendung der Vorschriften des § 1760 Abs. 1 bis 5 aufgehoben werden. An die Stelle der Einwilligung des Kindes tritt der Antrag des Anzunehmenden.

BT-Drucks 7/3061, 22, 55 f, 78; BT-Drucks 7/5087, 21 f.

Systematische Übersicht

- | | |
|---|---|
| I. Normzweck und Entstehungsgeschichte
1 | III. Wirkungen 7 |
| II. Voraussetzungen
1. Fallgruppen (S 1 lit a–c) 2
2. Sittliche Rechtfertigung 6 | IV. Aufhebung 8

V. Verfahren 9 |

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1

Vor dem AdoptG v 1976 war dem BGB eine Volladoption Volljähriger (ebenso wie eine Volladoption Minderjähriger) unbekannt. Bei den Reformarbeiten bestand Einigkeit darüber, daß für die Annahme Volljähriger die Volladoption als Regeltyp nicht paßt (vgl § 1770 Rz 1). Nach dem Grundmuster des § 1770 wird deshalb der Angenommene zwar ehel Kind des Annehmenden, in dessen weitere Familie wird er jedoch nicht eingegliedert. Die Rechtsbeziehungen zur Ursprungsfamilie bleiben unverändert erhalten. Allerdings gibt es Fälle, bei denen es sinnvoll und gerechtfertigt erscheint, auch einen Erwachsenen rechtl vollständig aus seiner Ursprungsfamilie zu lösen und ebenso vollständig in eine neue Familie zu integrieren. Der Gesetzgeber hat deshalb in § 1772 für im einzelnen aufgeführte Sondersituationen die Möglichkeit der Volladoption geschaffen. Im Vordergrund steht dabei die „nachgeholte Minderjährigenadoption“ (S 1 lit b) und die Stiefkindadoption (S 1 lit c). Geringere praktische Bedeutung haben die Fälle, in denen minderjährige und volljährige Geschwister gemeinsam angenommen werden (S 1 lit a) oder ein Elternteil sein eigenes nichtehel Kind adoptiert (S 1 lit c). Der Nachteil des § 1772 besteht darin, daß bei der Vielfalt denkbarer Lebenssachverhalte eine präzise Differenzierung nach Falltypen nicht möglich ist. Der Gesetzgeber hat diese Schwierigkeit gesehen, meinte jedoch, daß weitere Wahlmöglichkeiten oder richterl Ermessensspielräume „zu Unübersichtlichkeit und Unklarheit in familienrechtlichen Beziehungen“ führen würden (BT-Drucks 7/3061, 23).

II. Voraussetzungen

2 1. Fallgruppen (S 1 lit a–c)

Ist ein minderjähriger Bruder oder eine minderjährige Schwester des Anzunehmenden vom Annehmenden bereits adoptiert worden, oder werden **minderjährige und volljährige Geschwister** gleichzeitig angenommen, so bietet sich auch für die Adoption des volljährigen Geschwisterteils eine Annahme nach Maßgabe der §§ 1754–1756 an (lit a). Adoptierte Geschwister sollten in der neuen Familie möglichst die gleiche Rechtsstellung erlangen. Außerdem läßt die Annahme des minderjährigen Geschwisterteils erwarten, daß auch der volljährige stärker in die neue Familie hineinwächst, als es sonst bei einer Erwachsenenadoption der Fall ist. Obwohl die Vorschrift des § 1772 S 1 wegen ihres Ausnahmecharakters eng auszulegen ist (OLG Hamm OLGZ 1979, 410 = FamRZ 1979, 1082 = DAVorm 1979, 776), verbietet der Wortlaut nicht, die Bestimmung auch auf **Halbgeschwister** anzuwenden.

3 Lit b betrifft die „**nachgeholte Minderjährigenadoption**“. Im RegE (BT-Drucks 7/3061, 56) heißt es: „In manchen Fällen lebt ein Pflegekind in einer Familie, ohne daß es zur Adoption kommt. Wenn sich die Beteiligten erst später entschließen, ein Annahmeverhältnis zu begründen, erscheint es gerechtfertigt, die Annahme mit starken Wirkungen zuzulassen.“ Die Vorschrift ist nicht glücklich gefaßt, weil sie nur darauf abhebt, daß der Anzunehmende „als Minderjähriger in die Familie aufgenommen worden ist“. Über eine bloße räumliche Aufnahme hinaus wird man verlangen müssen, daß bereits während der Minderjährigkeit faktisch ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden ist (OLG Hamm OLGZ 79, 410, 411 f = FamRZ 1979, 1082, 1084 = DAVorm 1979, 776, 781; MASSFELLER-BOEHMER, Das gesamte Familienrecht [3. Aufl] § 1772 Anm 1). Andererseits reicht ein Eltern-Kind-Verhältnis allein nicht aus, wenn der Anzunehmende nicht auch tatsächlich in der Familie des Annehmenden gelebt hat. Eine entsprechende Anwendung v lit b kommt wegen des Ausnahmecharakters der Vorschrift nicht in Betracht (OLG Hamm OLGZ 1979, 410 = FamRZ 1979, 1082 = DAVorm 1979, 776). Eine bestimmte Mindestdauer der Aufnahme ist anders als in Art 266 Abs 1 Nr 2 *schweiz* ZGB (= 5 Jahre) nicht vorgeschrieben. Die Fassung v lit b deutet jedoch auf die Notwendigkeit einer Kontinuität der Beziehung hin, die nicht gewahrt ist, wenn der Anzunehmende als Kleinkind zwar beim Annehmenden gelebt hat, später aber wieder von seinen Eltern betreut wurde.

4 Lit b erlaubt die **Volladoption des eigenen nichtehel Kindes**. Gegen die Annahme des eigenen nichtehel Kindes bestehen schon erhebliche Bedenken, wenn das Kind minderjährig ist (§ 1741 Rz 45–49). Welchen Sinn eine solche Annahme haben soll, wenn das Kind volljährig geworden ist, ist nicht zu erkennen. Die Adoption des minderjährigen nichtehel Kindes durch seinen Vater wird allg damit gerechtfertigt, daß dieser nur so Inhaber des elterl Sorgerechts werden könne. Bei der Adoption des minderjährigen nichtehel Kindes durch seine Mutter wird darauf verwiesen, daß so das unerwünschte Umgangsrecht des Vaters endgültig ausgeschlossen werde. Beide Argumente treffen bei der Volljährigenadoption nicht mehr zu. Es kann also im Falle v lit b nur darum gehen, das Kind ohne jede Kompensation von sämtlichen Unterhalts- oder Erbensprüchen in der mütterlichen oder väterlichen Linie auszuschließen, eine sinnlose und außerdem gleichberechtigungswidrige Regelung, weil eigene ehel Kinder nicht adoptiert werden können.

5 Die **Volladoption von Stiefkindern** (lit c) läßt sich nicht damit rechtfertigen, daß es sich wie im Falle v lit b um eine nachgeholte Minderjährigenadoption handelt; denn lit b setzt nicht voraus, daß die Ehe schon bestand, als das Kind noch minderjährig

war, und verlangt nicht einmal, daß der Ehegatte des Annehmenden Inhaber des Sorgerechts ist. Für die Regelung spricht, daß ohne Rücksicht für die Fallgestaltung im übrigen bei Stiefkindern oft das Bedürfnis nach einer völligen rechtl Gleichstellung gegenüber Stiefelternteil und leibl Elternteil sowie deren Familienangehörigen besteht.

2. Sittliche Rechtfertigung

6

Jede Volljährigenadoption muß sittlich gerechtfertigt sein (§ 1767 Abs 1). Da die sittliche Rechtfertigung nicht ohne Rücksicht auf die konkreten Wirkungen der Adoption beurteilt werden kann, ist es im Einzelfall möglich, daß zwar eine Annahme mit den Normalfolgen des § 1770 sittlich gerechtfertigt erscheint, nicht aber eine Volladoption nach § 1772 (so die hL, vgl BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 4; ERMAN-HOLZHAUER Rz 2; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 5; zweifelnd GERNHUBER § 63 III Fn 1). So kann sich eine Adoption mit den Wirkungen des § 1772 zB verbieten, weil Unterhaltsansprüche der leibl Eltern abgeschnitten werden oder den Eltern des Annehmenden ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling aufgezwungen wird. Das Ges schützt die Interessen der Eltern und der Kinder des Annehmenden und des Anzunehmenden zwar nicht durch Einwilligungrechte; diese Personen müssen aber im Verfahren angehört werden (Näheres § 1768 Rz 8). Auch die Interessen weiterer Personen sind bei der Beurteilung der sittlichen Rechtfertigung zu berücksichtigen.

III. Wirkungen

7

Bzgl der Adoptionswirkungen verweist § 1772 auf die §§ 1754–1756.

Ist der Annehmende mit dem Anzunehmenden im 2. oder 3. Grade verwandt oder verschwägert, so kann das VormG nur anordnen, daß die Rechtswirkungen des § 1756 Abs 1 eintreten, nicht aber, daß die Wirkungen der Minderjährigenvolladoption nach den §§ 1754, 1755 maßgebend sind. Wenn bei der Minderjährigenadoption insoweit keine Wahlmöglichkeit besteht, muß sie auch bei der Volljährigenadoption nach § 1772 ausgeschlossen bleiben (DIECKMANN ZBlJugR 1980, 567, 580 f). Entsprechendes gilt für die Annahme eines Stiefkindes, das aus einer durch Tod aufgelösten früheren Ehe des Ehegatten stammt (§ 1756 Abs 2).

Wird ein nichtehel Kind, das bereits den vorzeitigen Erbausgleich erhalten oder eine Vereinbarung nach § 1934 d getroffen hat, von seinem Vater adoptiert, so wird es dennoch gesetzl Erbe (vgl § 1754 Rz 12). Zur Rückforderung des bereits geleisteten vorzeitigen Erbausgleichs vgl § 1755 Rz 9.

Auch ein gem § 1772 adoptierter Volljähriger erwirbt infolge der Adoption nicht die deutsche Staatsangehörigkeit (§ 6 RuStAG). Verfassungsrechtl Bedenken gegen diese Regelung bestehen nicht (aA HECKER StAZ 1988, 98, 99; krit auch DÖRR StAZ 1978, 271, 272 f). Sind für eine Volljährigenadoption die zivilrechtl Folgen einer Minderjährigenadoption maßgebend, so heißt das nicht, daß der Erwerb der Staatsangehörigkeit in gleicher Weise geregelt werden müßte wie bei Personen unter 18 Jahren.

IV. Aufhebung

8

Nach S 2 kann eine Volljährigenadoption mit den Wirkungen des § 1772 nur wegen Erklärungsmängeln „in sinngemäßer Anwendung der Vorschriften des § 1760

Abs 1–5 aufgehoben werden“. Nachdem in § 1771 des RegE die Aufhebung einer Volljährigenadoption noch unterschiedslos für die Fälle der §§ 1770 u 1772 geregelt war (BT-Drucks 7/3061, 8; vgl auch Stellungnahme des BR BT-Drucks 7/3061, 78 zu Nr 17 b), folgte der Gesetzgeber später der Anregung des RAussch, der in BT-Drucks 7/5087, 22 meint:

„Eine Aufhebung auf gemeinsamen Antrag des Annehmenden und des Angenommenen wie nach § 1771 S 1 erscheint bei Gleichstellung der Wirkungen der Annahme mit denen der Annahme eines Minderjährigen nicht gerechtfertigt. Würde diese Möglichkeit der Aufhebung für die Fälle eröffnet, in denen ein Volljähriger mit den Wirkungen der Volladoption angenommen wird, so müßte sie auch dann zugelassen werden, wenn ein als Minderjähriger Angenommener volljährig geworden ist. Dies ist jedoch mit den Grundsätzen der Volladoption nicht zu vereinbaren.“

In Anbetracht des Gesetzeswortlauts und des in der Begründung klar zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willens erscheint es nicht verständlich, wenn von einer Mindermeinung dennoch contra legem die Möglichkeit einer Aufhebung „aus wichtigem Grund“ befürwortet wird (so ERMAN-HOLZHÄUER Rz 3; vgl auch BOSCH FamRZ 1978, 656, 663 f; mit Einschränkungen auch BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6; aA die hL, zB BayObLGZ 1986, 57, 59 = NJW-RR 1986, 872, 873 = FamRZ 1986, 719, 720 mAnm Bosch; OLG Hamm NJW 1981, 2762, 2763 = FamRZ 1981, 498, 500 = DAVorm 1981, 391, 397; MünchKomm-LÜDERITZ Rz 7; PALANDT-DIEDERICHSEN Anm 2; SOERGEL-LIERMANN Rz 4). Die gesetzl Regelung bedarf auch für den Sonderfall des lit a keiner Korrektur, falls bei der Annahme teils minderjähriger, teils volljähriger Geschwister das Annahmeverhältnis zum minderjährigen Geschwisterteil nach § 1763 aufgehoben werden sollte (aA MünchKomm-LÜDERITZ Rz 7; SOERGEL-LIERMANN Rz 5; BGB-RGRK-DICKESCHIED Rz 6); denn eine Aufhebung der Minderjährigenadoption nach § 1763 ist nur unter der Voraussetzung möglich, daß das Kind anderen Eltern neu zugeordnet, dh in aller Regel eine Zweitadoption durchgeführt wird (§ 1763 Abs 3). Gerade darum kann es aber beim volljährigen Geschwisterteil von vornherein nicht gehen, so daß auch hier eine Aufhebung der Volljährigenvolladoption ausscheidet.

9 V. Verfahren

Der gemeinsame Antrag des Annehmenden und des Anzunehmenden (§ 1) wird zweckmäßigerweise mit dem Antrag nach § 1768 verbunden; er kann nachgeholt werden, muß aber spätestens bis zum Wirksamwerden des Annahmebeschlusses (§ 56 e S 2 FGG) gestellt sein.

- 10 Die Eltern des Anzunehmenden und die Abkömmlinge des Annehmenden und des Anzunehmenden haben einen Anspruch auf rechtl Gehör (vgl § 1768 Rz 8). Nichtanhörung ist allerdings kein Aufhebungsgrund iS v S 2 iVm § 1760, ermöglicht aber eine Verfassungsbeschwerde, die nach Maßgabe der Ausführungen zu § 1759 Rz 12 zu einer Aufhebung des Annahmeverhältnisses mit ex-nunc-Wirkung führen kann.
- 11 Das VormG hat nach § 56 e S 1 FGG im Beschluß anzugeben, auf welche Gesetzesvorschriften sich die Annahme gründet. Es muß insbes klarstellen, ob es sich um eine Adoption mit den Wirkungen des § 1770 oder 1772 handelt. Eine Adoption mit den Wirkungen des § 1770 kann nicht nachträglich in eine Volladoption umgewandelt werden (vgl § 1768 Rz 11). Zur Möglichkeit eines Ergänzungsbeschlusses, wenn über den Antrag nach § 1772 versehentlich nicht entschieden wurde, vgl § 1768 Rz 11; ebenfalls dort zu Problemen, die sich ergeben können, wenn der Hauptantrag auf eine Adoption nach § 1772, der Hilfsantrag auf eine solche nach § 1770 gerichtet ist.

Sachregister

Die fetten Zahlen beziehen sich auf die Paragraphen, die mageren Zahlen auf die Randziffern.

Abänderung

Adoptionsbeschluß **1752** 32, 33; **1768** 10
Ehelicherklärung auf Antrag des Kindes **1740a** 50
Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters **1723** 51 ff
einstweilige Anordnung zum Sorgerecht **1696** 10, 29, 41, 56, 76
FGG-Anordnungen **1696** 4 f; **1711** 51
Herausgabe des Kindes **1696** 9
Sorgerechtsanordnungen (FamG, VormG) **1696** 1 ff; **1707** 32 ff
Vater nichtehelichen Kindes, Umgangsrecht **1711** 46 ff
vorläufige Anordnung zum Sorgerecht **1696** 10, 29, 41, 76

Abbruch der Schwangerschaft

s. Abtreibung

Abhebung von Konten des Kindes

Sperrvermerk **1667** 22

Abkömmling

Adoption Minderjähriger und — des Adoptierten **1745** 12; **1755** 3
Adoption Volljähriger und — des Adoptierten **1769** 5
Adoptivkind als — **1754** 13
Adoptivkind als — in letztwilliger Verfügung **1770** 20
des Adoptivkindes und Adoptionsaufhebung **1765** 20
des Adoptivkindes, Namensänderung **1757** 20 ff
Generationenkette **1722** 5
des nichtehelichen Kindes nach Ehelicherklärung **1736** 6
des nichtehelichen Kindes nach Elternehe **1722** 1 ff

Abstammungsurkunde

1719 48; **1755** 14; **1758** 8

Abtreibung

Ehemann und — **1666** 31
Elternerklärung, ersetzte **1666** 143
Fristenlösung, verkappte **1666** 35
Indikation, fehlende **1666** 32
indizierte **1666** 33
Kindeswille **1666** 115
durch Minderjährige **1666** 82
Nasciturus s. dort
Notlagenindikation **1666** 35
persönlichkeitsrechtliche Entscheidung **1666** 31

Abtreibung (Forts.)

präinatale Adoption und — **1747** 7, 32
seelisch-emotionaler Bereich, vernachlässigter **1666** 87
Verhinderung geplanter — **1666** 31
Vormundschaftsgericht **1666** 33 ff

Abweichender Kindervorschlag

s. Kinderwille und Sorgerecht

Adelsname

Adoption **1757** 7; **1767** 25

Adoleszenzkonflikte

bei Ausländerfamilien **1666** 126

Adoption

s. Annahme als Kind

Ärztliche Behandlung

s. Arzt

Aids

Kind, verbleibendes bei infizierten Eltern **1666** 84
Schwangerschaft und -Problem **1666** 28
Sorgerechtsentscheidung bei infiziertem Elternteil **1671** 74
Test und Adoptionsantrag **1741** 18
Test am möglicherweise infizierten Kind **1666** 69, 81, 143

Alkoholabhängigkeit

der Eltern **1666** 28, 73, 131; **1748** 20, 57; **1760** 19
eines Elternteils **1696** 65
des Kindes **1666** 15
und Sorgerechtsentscheidung **1671** 74

Alkoholkonsum

werdender Mutter **1666** 28

Alleinsorge

s. a. Nichtsorgeberechtigter Elternteil
Ausfall auch der — Vor **1673** 5; **1678** 10
Beistandschaft **1685** 1 ff
Ehescheidung und — **1671** 3, 26, 34, 38 ff, 41, 50, 155, 204
Entzug **1680** 23 ff
nach Entzug der — anderen Elternteils **1680** 7 ff
Fälle der — **1680** 24
gemeinsame Sorge, vorherige Vor **1673** 3; **1678** 9
gemeinsame Sorge, Wechsel von — **1696** 46 ff
nach Geschäftsunfähigkeit anderen Elternteils **1673** 18
Grundsatz der — (Alleinzuständigkeits-

Alleinsorge (Forts.)

- prinzip) **1671** 8, 11, 13 f, 38 ff, 56, 142, 158, 204; **1680** 25; **1696** 6, 30, 41
- der nichtehelichen Mutter
 - s. Elterliche Sorge (nichteheliches Kind)
- Ruhen der — **1678** 18
- Tod **1681** 8
- Unteilbarkeitsgrundsatz und — **1671** 38 f
- Verfassungsmäßigkeit der Alleinzuständigkeit **1671** 14, 15 ff, 38, 41
- Verhinderung an — **Vor 1673** 4; **1678** 11 ff, 15

Altadoptionen

- Übergangsrecht **Vor 1741** 48 ff

Altersgrenzen

- s. a. Minderjährigkeit, Volljährigkeit
- Adoption eigenen nichtehelichen Kindes **1743** 7
- Adoptionsaufhebung von Amts wegen **1763** 4
- Adoptionsaufhebung, Antrag nicht 14 Jahre alten Kindes **1762** 1 ff, 9
- Adoptiveltern — Adoptivkind
 - Vor 1741** 16, 25; **1767** 16
- Adoptiveltern, Ehegatten **1743** 1 ff, 5 f
- Adoptivelternteil, einzelner **1743** 5 f
- Adoptivkind, Aufklärung **1758** 23
- Adoptivkind, Einwilligung 14 Jahre alten **1746** 2, 25 ff
- Adoptivkind — vorhandene Kinder **1745** 20
- Legitimation, Altersstufen **1729** 3 ff
- Legitimation auf Kindesantrag **1740** c 2
- Legitimation und Namensänderung 14 Jahre alten Kindes **1720** 11

von Amts wegen, Verfahrenseinleitung

- Adoptionsaufhebung **1759** 20
- Elterliche Sorge, Ausübungshindernis **1674** 18
- Elterliche Sorge, Maßnahmen des VormG **1666** 154; **1667** 36; **1673** 25
- Elterliche Sorge nach Sorgerechtsentzug eines Elternteils **1674** 33
- Elterliche Sorge nach Tod eines Elternteils **1681** 20
- Sorgerechtsanordnung, Änderung **1696** 73
- Umgangsrecht nichtehelichen Vaters **1711** 50
- Vermögenssorge **1670** 4, 15

Amtsermittlung

- Abänderung von Sorgerechtsanordnungen **1696** 73, 75; **1707** 32 ff
- Adoptionsaufhebung **1759** 20 ff
- Adoptionsverfahren **1745** 22; **1746** 1; **1752** 14 ff, 18; **1759** 22; **1768** 7
- Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters **1723** 47; **1727** 22

Amtsermittlung (Forts.)

- Ehelicherklärung auf Kindesantrag **1740a** 46
- Ehelicherklärung und spätere Sorgerechtsrückübertragung **1738** 26
- Ehescheidung und elterliche Sorge **1671** 27, 71, 77, 95, 128, 150, 175, 182 ff, 202 ff, 210, 239
- Elterliche Sorge, Ausübungshindernis **1674** 18
- Elterliche Sorge, Entziehung für einen Elternteil **1680** 33
- Elterliche Sorge, Maßnahmen des VormG **1666** 156 ff; **1667** 36
- Elterliche Sorge nach Tod eines Elternteils **1681** 14, 20
- Kindesvermögen **1667** 36
- Pflegerbestellung vor Geburt nichtehelichen Kindes **1708** 14
- Pflegerstellung für nichteheliches Kind **1707** 45, 52
- an der Sorgerechtsausübung verhinderte Eltern **1674** 18
- Sorgerechtsverfahren, isoliertes **1672** 23
- Trennung der Eltern **1672** 25
- Umgangsrecht nichtehelichen Vaters **1711** 50, 65, 69 ff
- Vermögenssorge **1680** 33
- Amtspfleger, Amtspflegschaft**
 - s. Pfleger, Pflegschaft
- Amtsvormund, Amtsvormundschaft**
 - s. Vormund, Vormundschaft
- Anerkennung**
 - s. a. Haager MS
 - ausländischer Sorgerechtsentscheidungen **1671** 223 ff, 230, 238 ff
 - Auslandsadoption **Vor 1741** 47; **1746** 36
- Anfechtbarkeit**
 - Adoptionsantrag **1760** 13 ff; **1771** 16
 - Adoptionsbeschluß **1752** 30; **1768** 10; **1771** 16
 - Adoptionseinwilligung **1750** 13; **1751** 5; **1760** 13 ff; **1771** 16 ff
 - Ehelicherklärung **1723** 51 ff; **1735** 18
 - Vaterschaftsanerkennung und Legitimationswirkungen **1719** 50
- Angenommener im Adoptionsrecht**
 - s. Kind (Adoptivkind)

Anhörung

- s. Rechtliches Gehör

Anlage

- von Kindesvermögen **1667** 21 ff

Annahme als Kind

- Annahme eines Minderjährigen
 - s. Annahme als Kind (Minderjährigenadoption)

Annahme als Kind (Forts.)**Annahme eines Volljährigen**

- s. Annahme als Kind (Volljährigen-adoption)

Annahme als Kind (Minderjährigenadoption)**Abkömmlinge und —**

- s. dort

Ablehnung der — 1752 34 ff**Abnormitäten des Annehmenden 1760 19****Absicht der — 1751 32, 41****Abstammungsfeststellung nach — 1755 15 ff****Abstammungskenntnis 1741 15****Abstammungsurkunde 1741 42; 1758 8****Abtreibung und pränatale Einwilligung 1747 32****Abwägungsprozeß und Kinderinteressen 1745 10****Adelsname des Angenommenen 1757 7****Adoption, Vorbereitung neuer 1763 21****Adoptionsanpassungsgesetz Vor 1741 13****Adoptionsbewerber, Vorrang 1747 51****Adoptionsgesetz 1976 Vor 1741 4, 6 ff****Adoptionspflege 1674 15; 1744 1 ff****Adoptionspflegeverfahren, förmliches 1751 3****Adoptionsstatut 1741 11****Adoptionstypen, verschiedene 1756 1****Adoptionsvermittlung Vor 1741 83 ff****Adoptionsvermittlungsstelle**

- Vor 1741 86 ff; 1744 11; 1750 5, 15; 1752 15

Adoptionsvormundschaft 1751 10, 13, 15 f, 18 f, 24; 1757 42**Adoptiveltern**

- s. Eltern (Adoptiveltern)

Adoptivfamilie, geschützte 1759 10**Adoptivkind**

- s. Kind (Adoptivkind)

Adoptivname

- s. Namensrecht und Adoption

Aids-Test 1741 18**Alkoholismus 1748 20, 57; 1760 19****Altadoptionen und AdoptG Vor 1741 48 ff****Alternativeinwilligung 1747 23; 1750 11****Altersabstand 1741 16; 1767 16****Alterserfordernisse, Altersgrenzen**

- s. Altersgrenzen

Altstatus, Nachwirkungen 1755 15**Amtsermittlungsgrundsatz 1745 22;**

- 1746 1; 1752 14 ff, 18; 1759 20 ff; 1768 7

Amtspfleger, Pfleger 1741 46; 1746 1, 6, 9, 13 ff, 30; 1748 60; 1751 16 ff;

- 1755 16; 1757 42; 1759 21; 1761 5; 1762 9; 1765 12

Amtsvormund, Vormundschaft 1744 9,

- 15; 1745 23; 1746 1, 5, 9, 13, 14, 16 ff, 30; 1751 13 ff, 18, 24 f; 1761 5

Annahme als Kind (Minderjährigenadoption) (Forts.)**Anfechtbarkeit des Annahmebeschlusses 1752 30; 1768 10; 1771 16****Anfechtbarkeit d. Antrags, d. Einwilligung 1750 13; 1751 5; 1760 13 ff; 1771 16 ff****angemessene Pflegezeit 1744 1 ff****Angenommener**

- s. Kind (Adoptivkind); Altersgrenzen; Namensrecht und Adoption

anhaltende Pflichtverletzung 1748 22**Anhörung**

- s. Rechtliches Gehör (Adoption)

Annahme und Tod Beteiligter 1753 1 ff**Annahmebeschuß 1752 5, 13 f, 21 ff****— abgelehnter 1752 34****— Bekanntmachung 1752 29, 34****— Korrektur 1752 33****— unanfechtbarer und unabänderlicher 1752 30 ff****Annahmeverfahren Vor 1741 9, 70 ff****Annahmeverhältnis, Aufhebbarkeit**

- 1759 3 ff

Annahmeverhältnis, Bestandsschutz

- 1759 2; 1760 3; 1761 1

Annahmeverhältnis, Unwirksamkeit

- 1759 5 ff

Annahmevertrag Vor 1741 55, 60, 65, 71**Annehmende Eltern, Elternteil**

- s. Eltern (Adoptiveltern)

Antrag auf —

- s. Antrag auf Adoption

Anzunehmender, entgegenstehende Interessen seiner Kinder 1745 19**Anzunehmender, 14 Jahre alter 1746 1****arglistige Täuschung 1760 16 ff****Aufenthalt des Annehmenden 1752 10 ff****Aufenthalt, unbekannter der Eltern**

- 1747 38; 1748 16, 32, 37

Aufenthaltswechsel des Elternteils 1748 32**Aufhebung, Aufhebbarkeit 1759 5 ff****— Adoptivname 1765 1 ff****— von Amts wegen 1763 1 ff****— Antrag auf — 1762 1 ff****— Beteiligteninteressen 1759 15 ff****— gegenüber Ehegatten 1763 15****— eigenes nichteheliches Kind 1763 19****— elterliche Sorge 1764 13****— Erforderlichkeit der — 1763 12****— erster Adoption 1742 9 ff****— Ex-nunc-Wirkung 1764 1 ff****— fehlende Einwilligung 1761 1 ff****— Fristen 1762 13 ff****— bei gravierenden Begründungsmängeln 1760 1****— schwerwiegende Gründe für — 1763 6 ff****— der Stiefkindadoption 1763 18****— Surrogatbeziehung 1763 14**

Annahme als Kind (Minderjährigenadoption)
(Forts.)

- Tatbestände 1760 4, 5
- Tod eines Beteiligten 1764 6
- Verfahren 1759 19 ff
- Aufklärung des Kindes über Herkunft 1758 23
- Ausforschungsverbot 1758 9
- Ausländer, Annahme von und durch — Vor 1741 47, 87
- Auslandsadoption Vor 1741 47; 1746 36
- Auslandsberührung Vor 1741 47
- Auslandshegatte und entgegenstehendes Heimatrecht 1741 32
- Auslandsrecht 1741 16, 21, 28, 34, 37, 47
- Kinderlosigkeit 1745 5
- Kindeseinwilligung 1746 1
- Pflegezeit 1744 3
- Verwandtenadoption 1741 21
- Volladoption 1754 2, 3
- Zweitadoption 1742 6
- Auslandsverbringung des Kindes 1748 19
- Ausweisung, drohende 1767 21
- Beamtenrecht 1754 15
- bedingungsfeindliche Einwilligung 1750 10
- bedingungsfeindlicher Antrag auf — 1752 4 ff
- Begleitname, vorangestellter 1757 8, 11, 14 ff
- Begründungsmängel, gravierende 1760 1
- Beihilferecht 1754 16
- Bekanntmachung 1752 29
- Belehrung vor Ersetzung der Einwilligung 1748 30 ff
- Belehrung durch Jugendamt 1747 46
- Beratung vor Ersetzung der Einwilligung 1748 34 ff
- Beratungsanspruch Vor 1741 89
- Beratungspflicht, Befreiung 1748 35
- Berufstätigkeit der Annehmenden 1741 16
- Beschwerde
 - s. dort
- Bestandsschutz 1758 2; 1759 2; 1760 3; 1761 1
- Betreuungsgesetz vom 12. 9. 1990 Vor 1741 13; 1741 31; 1768 1
- Beweislast und Interessenabwägung 1745 26
- Blankoadoption 1747 4, 21; 1748 41
- Blutsverwandtschaft und faktische Bindung 1748 48 ff
- durch Bruder bzw. dessen Ehegatten 1756 2, 10, 12, 16
- Children Act (England) 1741 38
- Dauer der Pflegezeit 1744 5
- DDR, Rechtslage in ehemaliger Vor 1741 14 ff

Annahme als Kind (Minderjährigenadoption)
(Forts.)

- Dekretsystem Vor 1741 4, 9, 15; 1741 7; 1746 1, 11, 13, 15, 36; 1752 1; 1760 3
- Deprivation, Deprivationsstörung Vor 1741 35 ff
- Deutsches Recht 1746 35
- Drittinteressen an Offenbarung 1758 14
- Drogenabhängigkeit leiblicher Eltern 1748 20, 57
- Drohung 1760 2, 22
- Ehe der Eltern nach — 1719 11 ff; 1747 19; 1755 6
- Ehe und Legitimation vor der — 1747 16 ff
- Ehegatte, allein annehmender 1741 29 ff; 1749 2
- Ehegatte des Annehmenden, Zweitadoption 1742 15 ff
- Ehegatten als Annehmende
 - s. Eltern (Adoptiveltern)
- Ehegatten des Annehmenden, Anzunehmenden (Einwilligungen) 1749 1 ff, 11 ff
- Ehekrise 1741 16
- Ehelicherklärung und — 1719 11 ff; 1723 7 ff, 39; 1740a 17, 18
- Ehelicherklärung und — durch Stiefelternteil 1741 40, 49
- eheliches, eigenes Kind 1741 40, 45; 1759 6
- Ehepartner, — ihm zuliebe 1741 35
- Ehescheidung der Adoptiveltern 1763 9
- Ehescheidung leiblicher Eltern 1748 14, 21, 45
- Ehescheidung und Zweitadoption 1742 15
- Eheverbot 1754 12; 1755 14
- Eheverbot der Adoptivverwandtschaft 1766 1 ff
- eigenes eheliches Kind 1741 40, 45; 1759 6
- eigenes nichteheliches Kind 1741 45; 1742 17; 1749 2
- Eignung künftiger Eltern 1744 12
- Einbenennung 1757 19, 21
- Einbenennung trotz Annahme durch Mutter 1757 19
- Einigungsvertrag, intertemporale Bestimmungen Vor 1741 21 f
- Einwilligungen, erforderliche
 - s. Einwilligung in Adoption
- Einwilligungen, Ersetzung erforderlicher
 - s. Einwilligung in Adoption
- Einwilligungsmängel 1746 23; 1747 40; 1750 13; 1751 5; 1760 13
- Einwilligungsurkunde 1750 6
- Einwilligungswiderruf 1746 26; 1750 7
- Einzeladoption 1741 5, 9, 26, 31, 39, 43, 44, 47 ff

Annahme als Kind (Minderjährigenadoption)
(Forts.)

- Einzeladoption, angestrebte und Tod des Annehmenden **1753 6**
- Einzeladoption durch Ehegatten, Stiefelternteil **1741 29 ff, 39 ff**
- Einzeladoption, Fälle **1741 5, 9, 26, 29, 31, 45 ff**
- Einzeladoption nichtehelichen Kindes **1741 5, 9, 26, 45, 46, 47 ff**
- Einzeladoption durch Verschwägte 2. oder 3. Grades **1756 12**
- Einzeladoption durch Verwandte 2. oder 3. Grades **1756 10 ff**
- Einzeladoption und Zweitadoption **1742 15 ff**
- Eispende **1747 8; 1749 17**
- Elterliche Sorge
 - s. Elterliche Sorge (Adoptivkind)
- Eltern, annehmende
 - s. Eltern (Adoptiveltern); Eltern-Kind-Verhältnis (Adoptionsrecht)
- Eltern, leibliche
 - s. Eltern, leibliche und Adoption
- Elternverschulden **1748 23**
- Enkel als Adoptivkind **1741 22**
- Enkel des Annehmenden **1745 12**
- Entfremdung **1748 49**
- Entstehungsgeschichte des Rechts
 - Vor **1741 1 ff**
- Erbaugleich, vorzeitiger **1755 9**
- Erbe, erwünschter **1767 21**
- Erbfälle nach 1. 1. 1977 Vor **1741 54**
- Erbfälle vor 1. 1. 1977 Vor **1741 53**
- erbliche Belastung **1760 19**
- Erbrecht und Altadoption Vor **1741 50, 53 f, 60, 65**
- Erbrecht, Erlangen gesetzlichen Teils **1748 46**
- Erbrecht und leibliche Geschwister **1756 22**
- Erbrechte vorhandener Kinder **1745 15**
- Erbschaftsteuerrecht **1754 16; 1756 25**
- Erbeil, Schmälerung **1745 10, 15, 23**
- Ergänzungspfleger im Abstammungsverfahren nach — **1755 16**
- Ergänzungspfleger, Bestellung für die Einwilligung **1746 6, 9 f, 13, 15**
- Erklärungen, Nachholung erforderlicher **1760 24 ff**
- Erlöschen der Adoptivverwandtschaft nach Aufhebung **1764 7 ff**
- Erlöschen der leiblichen Verwandtschaft **1755 2 ff**
- Ermittlungen
 - s. Amtsermittlung
- Ersatzmutterchaft Vor **1741 91 ff; 1741 17; 1747 34**
- Ersatzmuttervermittlung Vor **1741 91 ff**

Annahme als Kind (Minderjährigenadoption)
(Forts.)

- Erstadoption und Zweitadoption **1742 19**
- Erziehungsunfähigkeit **1748 55**
- Europäisches Adoptionsabkommen 1967
Vor **1741 2**
- Eventualeinwilligung **1747 22; 1750 11**
- Ex-nunc-Wirkung der Aufhebung **1764 1 ff**
- Familie, neue **1754 12**
- Familienaufwachsen **1748 42, 56**
- familienbezogene Volljährigenadoption **1767 21**
- Familienbuch, Einsicht **1758 8**
- Familiengesetzbuch ehemaliger DDR
Vor **1741 14**
- Familienintegration **1748 43; 1754 1**
- Familienname
 - s. Namensrecht (Adoption)
- Familienprobleme **1741 15**
- Fehlen von Antrag, Einwilligung **1760 4 ff**
- Finanzkraft der Eltern, Minderung durch — **1745 15**
- Form von Adoptionsantrag und -Rücknahme **1752 4, 7; 1760 7**
- des Aufhebungsantrags **1762 11**
- der Bekanntmachung des Annahmebeschlusses **1752 28**
- der Einwilligungserklärung **1745 27; 1746 7, 21, 25, 31; 1750 9**
- der Hinzufügung bisherigen Familiennamens **1757 26**
- Vornamenänderung **1757 40**
- des Widerrufs der Einwilligung **1746 27**
- der Zustimmung gesetzlichen Vertreters **1746 31**
- Zustimmung zur Namensänderung **1757 12**
- Formularpraxis **1754 15; 1758 9**
- Fristen **1747 29 ff; 1750 17; 1760 6, 23; 1762 12 ff**
- Frühadoption Vor **1741 44**
- Geburt und — **1754 16**
- Geburtenbuch, Einsicht **1758 8**
- Geburtseintrag **1752 26**
- Geburtsname
 - s. Namensrecht (Adoption)
- Geburtsurkunde **1741 42**
- Gefährdung der Kindesinteressen **1735 20; 1745 2, 9**
- Gefährdung des Kindeswohls **1748 17**
- Geheimhaltungsinteresse **1758 1 ff**
- geistige Behinderung leiblicher Eltern **1748 57**
- geistiges Gebrechen, besonders schweres leiblicher Eltern **1748 55**
- gemeinschaftliche — des ehelichen Kindes **1742 40**

Annahme als Kind (Minderjährigenadoption)
(Forts.)

- gemeinschaftliche — durch Ehepaar, Geschwister **1742** 8, 27, 28, 39 ff
- gemeinschaftliche — durch nichteheliche Gemeinschaft nicht möglich **1741** 28, 44, 49
- gemeinschaftliche — des nichtehelichen Kindes **1741** 42
- gemeinschaftliche — nur durch Eheleute **1741** 8, 27, 28, 39, 40, 42
- Genehmigung, vormundschaftsgerichtliche **Vor 1741** 73; **1741** 7; **1746** 37
- Genetische Abstammung **1741** 17; **1758** 23
- Geschäftsunfähigkeit und Einwilligung in — **1747** 36; **1749** 5; **1750** 13
- Geschäftsunfähigkeit, unwirksamer Antrag und Einwilligung **1760** 13 ff
- Geschwister nach — **1745** 4
- Geschwister als Annehmende **1741** 22, 28; **1748** 44; **1756** 2, 10, 12, 16
- Geschwister als gemeinsame Annehmende **1741** 28
- Geschwister, leibliche **1756** 21 ff, 30
- Geschwister, Trennung nach — **1741** 15
- Getrenntleben und Einzeladoption **1741** 32
- Glaubengemeinschaft **1760** 19
- Gleichgültigkeit der leiblichen Eltern **1748** 24 ff
- Großeltern als Annehmende **1741** 22, 26; **1745** 12; **1748** 44
- Großeltern, Aufwachsen dort ohne — **1741** 15
- Großeltern, erloschene Rechtsbeziehung **1755** 3
- Großeltern nach — zuvor nicht beteiligte **1749** 17
- Großelternanteil als Annehmender **1756** 2, 10, 12, 16, 18
- Großelternanteil, Ehegatte als Annehmender **1756** 2, 10, 12, 16, 18
- Haftstrafe des Adoptionsbewerbers **1741** 16
- Heimatrecht, entgegenstehendes **1741** 32
- Heimbetreuung, negative Folgen **Vor 1741** 35 f, 44 ff
- Heimfallrecht **1770** 19
- Heimkinder **1741** 16; **1748** 42
- Heirat der Eltern nach — **1719** 11 ff; **1747** 19; **1755** 6
- HIV-Trägerschaft **1741** 18
- Höchstalter
 - s. Altersgrenzen
- höchstpersönliche Einwilligung **1750** 14 f
- höchstpersönlicher Antrag **1752** 4; **1762** 6
- höchstpersönlicher Verzicht nichtehelichen Vaters auf Adoptionsantrag **1747** 54

Annahme als Kind (Minderjährigenadoption)
(Forts.)

- Hospitalismus **1741** 15
- Inkognitoadoption
 - s. Inkognitoadoption
- Insemination, künstliche **Vor 1741** 90; **1747** 7
- Interesse der Kinder von Annehmenden, Anzunehmenden **1745** 6 ff
- Interessenschutz und Anhörungsrechte **1745** 22
- Interessenschutz des Anzunehmenden **1745** 2 ff, 9, 18, 20
- Internationale Rechtsentwicklung **1754** 2
- Inzidententscheidung **1747** 39
- Irrtum
 - s. Mängel
- Jugendamt
 - s. Jugendamt
- Kaufmutterchaft **1741** 41
- Kettenadoption, Verbot **1742** 3
- Kind, in Adoptionspflege befindliches **1751** 1 ff
- Kind, angenommenes
 - s. Kind (Adoptivkind)
- Kind, angenommenes und elterliche Sorge
 - s. Elterliche Sorge (Adoptivkind)
- Kind, nichteheliches und —
 - s. Kind, nichteheliches unter Adoption
- Kinder des Annehmenden **1745** 9 ff; **1769** 4 ff
- Kinder des Anzunehmenden **1745** 19 ff
- Kinder, Interessen vorhandener **1745** 6 ff
- Kinderhandel **Vor 1741** 95
- Kinderlosigkeit, früheres Erfordernis **Vor 1741** 5, 8, 74; **1745** 1 ff
- Kinderpsychologie **Vor 1741** 35
- Kindesaufklärung **1758** 23
- Kindesbegriff **1754** 13
- Kindeskinder des Angenommenen **1757** 23
- Kindesschädigung durch Herausgabe aus Familienpflege **1748** 35
- Kindessituation, verbesserte **1741** 14
- Kindeswohl **1723** 20; **1741** 2, 7, 13, 14; **1745** 5; **1756** 11 ff; **1763** 11, 12, 13; **1767** 13; **1770** 1
- Kleinkind **1744** 5
- Körperliche Verfassung des Annehmenden **1741** 18
- Konfession **1741** 19
- Konfliktgefährdung **1741** 21
- Konkubinatskinder **1741** 49
- Kontinuitätsinteresse **1741** 15, 19
- Lebensumstände, konkrete und — **1748** 46
- Lebensverhältnisse, verbesserte **1748** 40
- Lediger Angenommener **1757** 5 ff
- Legitimation und —
 - s. oben unter Ehe, Ehelicherklärung

Annahme als Kind (Minderjährigenadoption)
(Forts.)

Leibliche Eltern
s. Eltern, leibliche und Adoption
Leibliche Geschwister 1756 21 ff
Leibliche Kinder und Adoptionskinder
1754 15 f
Leibliche Verwandtschaft und — 1755 14
Leibliche Verwandtschaft, Wiederaufleben
1764 10
Leihmutter 1741 17; 1747 8, 35; 1749 17
Leihmutteragentur Vor 1741 90
Leistungsansprüche nach — 1755 8 ff
Letztwillige Verfügung 1770 20
Mängel bei der — 1746 23; 1747 40;
1750 13; 1751 5; 1752 30; 1760 2 f,
13 ff, 25; 1762 12 ff
Mehrfachadoption, Verbot 1742 3
Mindestalter, Mindestaltersabstände
s. Altersgrenzen
Mindestehedauer 1741 16; 1743 4
Mutter, geschäftsunfähige 1747 36
durch Mutter nichtehelichen Kindes
1741 5, 9, 26, 45, 46; 1742 17;
1743 7; 1751 20; 1755 6
Mutter nichtehelichen Kindes, deren Ein-
willigung 1; 1747 9; 1750
durch Mutter nichtehelichen Kindes und
ihren Ehegatten 1764 17
Mutter als Prostituierte 1760 19
Mutter, Stiefkindannahme ihr zuliebe
1741 35
Mutter und Tochter, gemeinsame —
1741 26
Mutter, Verweigerung der Einwilligung
gegenüber Vater 1747 52
Mutterschaftsgeld 1754 16
Mutterschaftsurlaub 1754 16
nachgeholte Minderjährigenadoption
1772 3
Nachholung von Erklärungen 1760 24 ff
Nachteil, unverhältnismäßiger bei unter-
bleibender — 1748 38 ff
nachträgliches Scheitern 1764 2
Namensrecht
s. Namensrecht und Adoption
Nasciturus als „Kind des Annehmenden“
1745 13
durch nichteheliche Lebensgemeinschaft
1741 28, 44, 49
nichteheliches Kind
s. Kind, nichteheliches unter Adoption
Nichtigkeit der Annahme 1759 7; 1760 3
Nichtigkeit der Einwilligung 1750 13
durch nichtverheiratete Person 1741 43 f
durch nichtverheiratete Personen keine —
1741 28, 44, 49
Nichtvermögensinteressen 1745 14;
1769 6

Annahme als Kind (Minderjährigenadoption)
(Forts.)

Niemandskind 1763 13
notarielle Beurkundung des Antrags auf —
1752 4
notarielle Beurkundung, Aufhebungsan-
trag 1762 11
notarielle Beurkundung der Einwilligung
1750 9
Obhut des Annehmenden 1751 30
Obhut und Pflegeverhältnis 1744 9
öffentliches Interesse an Offenbarung
1758 12 ff
öffentliches Recht und — 1754 14 ff;
1755 7
Offenbarungsverbot 1758 6 ff
offene Adoption 1747 27
Offenlegung und Formularpraxis 1754 15
durch Onkel 1741 22, 26
durch Onkel bzw. seinen Ehegatten
1756 1, 10, 12, 18, 26, 32
perinatale Schädigung, Verdacht
Vor 1741 45
Persönlichkeitsentwicklung, erwartete
1741 14
Pflegeeltern Vor 1741 30
Pflegeeltern ohne — 1748 43
Pflegefamilie, Schutz vor Herausnahme
des Kindes 1748 50
Pflegefamilienunterbringung nach Fehl-
verhalten ohne Ersetzungsvoraussetzun-
gen 1748 50
Pflegegeld 1751 35
Pflegekind, Status 1741 16; 1748 43
Pflegekindschaft und — Vor 1741 25 ff;
1741 16
Pfleger
s. oben unter Amtspfleger
Pflegeverhältnis als Probezeit 1744 1 ff
Pflegevertrag 1744 15
Pflegezeit, angemessene 1744 1 ff
Pflichtteilsrechte vorhandener Kinder
1745 15
Pflichtverletzung, anhaltend gröbliche
leiblicher Eltern 1748 12 ff
Pflichtverletzung, besonders schwere leibli-
cher Eltern 1748 51 ff
Pflichtverletzung und Gleichgültigkeit
leiblicher Eltern 1748 28
Pflichtverletzung, längeres Zurückliegen
1748 49
politische Einstellung 1741 19
polizeiliches Meldeverfahren 1758 8
postmortale 1753 9
pränatale Adoption 1747 7, 32
Prognose bei Elternverfehlung 1748 54
Prognose des Kindeswohls 1741 14
Prostituierte 1760 19
Prüfungsschema 1752 14

Annahme als Kind (Minderjährigenadoption)
(Forts.)

psychische Krankheit 1748 57
 Rechtsentwicklung Vor 1741 1 ff;
 1754 1 ff
 Rechtsmißbrauch 1771 13
 Rechtsvergleich 1754 2, 3
 Rentenansprüche nach — 1755 11
 Rückadoption des eigenen Stiefkindes
 1741 36
 Rückadoption durch leibliche Eltern
 1742 10
 Rückadoption nach Stiefkindadoption
 1741 36
 Rücknahme des Antrags auf — 1752 5
 Rückübertragung des Sorgerechts 1751 23
 Ruhen elterlicher Sorge 1751 4
 Säugling 1744 5
 Scheinadoption, Aufhebung 1763 10
 scheineheliches Kind 1747 37
 Schutzgesetz Offenbarungsverbot 1758 21
 schwerwiegende Aufhebungsgründe
 1763 6 ff
 durch Schwester bzw. deren Ehegatten
 1756 2, 10, 12, 16
 seelische Behinderung 1748 57
 Sorgebereitschaft 1741 16
 Sorgefähigkeit 1741 16
 Sorgerecht und Adoptionspflege 1744 9
 soziales Umfeld, Täuschung 1760 19
 Sozialleistungen 1751 34
 Sozialrecht 1754 15
 Sozialversicherungsrecht 1754 15
 Sperrwirkung durch Antrag auf — des
 nichtehelichen Vaters 1747 48 ff
 Staatsangehörigkeit, Erwerb deutscher
 Vor 1741 67; 1754 14
 Staatsangehörigkeit, unterschiedliche von
 Eltern und Kind 1746 34; 1752 33
 Standesamt 1752 26
 Statistik Vor 1741 23; 1759 4; 1767 4
 Statusvorteile 1741 15
 Stellvertretung, unzulässige 1752 4
 Steueradoption 1767 26
 Steuerrecht 1754 15
 Stiefkindadoption
 s. Stiefkindadoption
 Strafrecht, Bedeutung der — 1754 17;
 1755 14
 Straftaten, Anhalten des Kindes zu
 1748 18
 Straftaten gegen das Kind 1748 52
 Surrogatbeziehung und Aufhebung der —
 1763 14
 Täuschungsfälle 1760 16 ff
 durch Tante 1741 22
 durch Tante bzw. ihren Ehegatten 1756 1,
 10, 12, 18, 26, 32
 Teilaufhebung 1763 23 f

Annahme als Kind (Minderjährigenadoption)
(Forts.)

Tochter und Mutter, gemeinsame —
 1741 26
 Tod und Adoptionsrecht
 s. Tod
 Tragemutterschaft 1741 17
 Trennung von Ehegatten 1741 32
 Trennung Eltern-Kind 1751 1
 Trennung von Geschwistern 1741 15
 Übergangsvorschriften Vor 1741 48 ff
 Überlegungsfrist 1747 3, 29 ff
 Umgangsrecht, mißbrauchtes 1748 19
 Umgangsrecht, Nichtausübung 1751 4 ff
 Umgangsrecht des Vaters nichtehelichen
 Kindes 1741 33, 46
 Umgangsrecht, nicht wahrgenommenes
 1748 45
 Unterhalt, rückständiger 1755 12
 Unterhaltsabfindungsvertrag 1741 37
 Unterhaltsanspruch gegen leibliche Ver-
 wandte 1755 12
 Unterhaltsansprüche, gefährdete 1745 17,
 18
 Unterhaltspflicht des Annehmenden
 1751 29 ff, 36 ff
 Unterhaltspflicht und elterliche Einwilli-
 gung 1751 26 ff
 Unterhaltspflichtverletzung leiblicher El-
 tern 1748 45
 Unverhältnismäßiger Nachteil, unterblei-
 bender — 1748 38 ff
 unwiderrufliche Einwilligung 1750 12 f
 Unwirksamkeit 1759 5 ff
 durch Urgroßelternteil bzw. dessen Ehe-
 gatten 1756 2, 10
 Vater ehelichen Kindes, Einwilligung
 1747 6 ff
 Vater nichtehelichen Kindes
 s. Vater nichtehelichen Kindes
 Vater scheinehelichen Kindes 1747 37
 Vater, wahrheitswidrige Angaben 1760 19
 Vaterschaftsfeststellung nach — 1755 15 ff
 Vaterschaftsfeststellung und Verfahren zur
 — 1747 43
 Vaterschaftsfeststellungsprozeß, Ausgang
 1741 15
 verbesserte Lebensverhältnisse 1748 40
 Verbot der Offenbarung 1758 6 ff
 Verbot der Zweitadoption 1742 1 ff
 Verfassungsbeschwerde 1759 9 ff
 Verfassungsrecht und Anhörung 1745 23,
 25
 Verfassungsrecht und Elterneinwilligung
 1748 3, 6 ff
 Verfassungsrecht und nichtehelicher Vater
 1747 12 f
 Verhältnismäßigkeit ersetzter Einwilligung
 1748 10, 38 ff

Annahme als Kind (Minderjährigenadoption)
(Forts.)

durch Verheiratete **1741** 4, 8, 28
 durch verheiratete Mutter nichtehelichen Kindes **1749** 2
 Verheirateter als Annehmender, Angekommener, Ehegatten-Einwilligungen **1749** 1 ff, 11 ff
 verheiratetes Kind, Aufhebung der — **1765** 14
 Vermittlung, Vermittlungsstellen
 Vor **1741** 83 ff
 Vermögensinteressen **1745** 15; **1769** 8
 Vermögensinteressen und postmortale — **1753** 10
 Verschulden der Eltern **1748** 23
 Verschwägerten-Sonderregelung **1756** 1 ff
 Vertragsnatur des Pflegeverhältnisses **1744** 10, 15
 Vertragssystem **1746** 1, 10, 13, 15, 36; **1752** 1; **1759** 1; **1760** 2; **1767** 3; **1768** 1
 Vertreter, Einwilligung des gesetzlichen des Kindes **1746** 5 ff, 22
 Vertreter, Elternausschluß **1746** 5 ff, 22
 Vertreter, Zustimmung des gesetzlichen **1746** 22, 29 ff
 Verwaltungsvorschriften **1754** 15
 Verwandtenadoption
 s. Verwandtenadoption
 Verwandtschaft nach —
 s. Verwandtschaft (bei Adoption)
 Verwandtschaft vor — (leibliche Verwandtschaft)
 s. Verwandtschaft (bei Adoption)
 Verweigerte Einwilligung **1746** 16 ff
 Verweigerung der Zustimmung **1746** 30
 Vierzehn-Lebensjahre-Grenze **1746** 2
 Volladoption **Vor** **1741** 10; **1748** 9;
 1749 17; **1752** 25; **1755** 1; **1759** 2;
 1763 1
 Volladoption, Ausnahme **1755** 10
 Volladoption und bestehende Verwandtschaft **1756** 1
 Volladoption eigenen nichtehelichen Kindes **1772** 4
 Volladoption und Namensrecht **1757** 1
 Volladoption als Reformziel **1754** 1
 Volljährigenadoption und Verhältnis zur — **1745** 15; **1763** 4; **1767** 1, 5, 31;
 1768 2, 13; **1770** 1, 2; **1771** 1
 Volljährigkeit nach Minderjährigenadoption **1763** 4; **1771** 5
 Vorabnovelle 1973 **Vor** **1741** 4, 5
 Vormund
 s. oben unter Amtsvormund
 Vormundschaftsgericht
 s. Vormundschaftsgericht (Adoption)
 Waisengeld nach — **1755** 11
 Weltanschauung **1741** 12

Annahme als Kind (Minderjährigenadoption)
(Forts.)

Widerruf der Einwilligung des Kindes **1746** 26; **1750** 7
 Widerruf der Zustimmung **1746** 31
 Wiederaufnahme des Verfahrens **1759** 14
 Wiederkehrende Leistungen und — **1755** 10 ff
 Wirksamwerden der — **1752** 28
 wirtschaftliche Gründe für Aufhebung **1763** 9
 wirtschaftliche Verbesserung **1748** 40
 wirtschaftlicher Zweck **1767** 21
 Wirtschaftsprobleme **1741** 15
 Wohnsitz des Annehmenden **1752** 10
 Wunscheltern **1741** 17
 Zeitpunkt der Voraussetzungen **1744** 13
 Zeugnisverweigerungsrecht **1755** 14
 Ziel der — **1751** 32
 Zivilrecht und — **1754** 12 f; **1755** 7
 Zustimmung gesetzlichen Vertreters zur Einwilligung des Kindes **1746** 22, 29 ff
 Zustimmung, verweigerte **1746** 30
 Zustimmung, Widerruf **1746** 31
 Zuwendung zum Kind **1748** 25
 Zweitadoption **1759** 6; **1764** 11
 — nach Aufhebung **1763** 3
 — Ausnahmen **1742** 9 ff
 — fehlerhafte **1742** 18
 — und Namensangleichung **1757** 17
 — verbotene **1742** 1 ff
 Zwischenverfügungen, -entscheidungen des VormG **1752** 20 ff

Annahme als Kind (Volljährigenadoption)
 Abkömmlinge des Angenommenen **1770** 4 f
 Abkömmlinge des Annehmenden **1769** 9
 Altadoption, Überleitung **Vor** **1741** 50, 55,
 57, 58, 63, 64, 66, 77, 78; **1771** 7
 Altersabstand **1767** 16
 Angenommener, Namensrecht
 s. Namensrecht und Adoption
 Anhörung
 s. Rechtliches Gehör
 Annahmebeschuß **1768** 9 ff
 Annahmeverfahren **1768** 6 ff
 Annahmeverhältnis, Aufhebung **1759** 12;
 1760 11, 17, 19
 Annehmender **1767** 12
 Annehmender, Namensrecht
 s. Namensrecht und Adoption
 Anträge **1768** 2 ff
 Anträge auf Aufhebung (beiderseitige) **1771** 11 ff
 Aufenthaltsrecht, verbesserte Lage nach — **1767** 21, 27
 Aufhebung der — **1771** 1 ff; **1772** 8
 Ausländer, angenommener **1770** 21;
 1772 7

Annahme als Kind (Volljährigenadoption)
(Forts.)

Dekret- statt Vertragssystem 1767 3;
1768 1
Ehegatte des Anzunehmenden, Einwilli-
gung 1749 11
Ehegatte des Anzunehmenden, Verhältnis
zum Annehmenden 1749 11
Ehemann — Ehefrau, gemeinsame —
1767 17
Einigungsvertrag vom 31. 8. 1990
Vor 1741 20, 22
elterliche Einwilligung, nicht erforderliche
1751 37
Eltern, Unterhalt gegenüber alten und
neuen 1770 12
Eltern-Kind-Verhältnis 1767 7, 14 ff,
25 ff
Eltern-Kind-Verhältnis, bereits entstan-
denes 1767 2, 6, 10, 14 ff, 20, 24
Erbrecht nach — 1770 14 ff
Erbrecht, Umgehung durch — 1767 28 ff
Erbbschaftsteuerersparnis 1767 22
Erbbschaftsteuerrecht 1770 21
Erklärungsmangel und Aufhebung der —
1771 16 ff
familienrechtliche Beziehungen nach —
1770 3 ff; 1772 7
Geschwister 1772 2
Kind, angenommenes
s. Kind (Adoptivkind)
Kinder des Annehmenden 1769 4 ff
Kinder des Anzunehmenden 1769 9 ff
Kinder, Interessen vorhandener 1745 4;
1769 1 ff
Kindeswohl 1767 13
Mängel der — 1768 10; 1771 16 ff
Minderjährigenadoption, nachgeholte
1767 16; 1772 1, 3
Minderjährigenadoption, objektiv gege-
bene als — 1752 25
Minderjährigenadoption und spätere —
1742 11; 1771 5
Minderjährigenadoption und —, typisie-
rende Unterscheidung 1745 15
Minderjährigenadoption, Verhältnis zur —
1763 4; 1767 1, 5, 31; 1768 2, 13;
1770 1, 2; 1771 1
Mißbrauch 1767 8, 24; 1771 13
Motive für eine — 1767 7, 21
Mutter — Tochter, gemeinsame —
1767 17
Namensadoption 1767 25
Namensrecht
s. Namensrecht und Adoption
nichteheliches eigenes Kind, — durch
Mutter, Vater 1767 12; 1770 13;
1772 4, 7
Pflegekind 1767 16

Annahme als Kind (Volljährigenadoption)
(Forts.)

Rechtsfolgen 1767 5; 1770 10 ff
Rechtsgeschichte 1767 1; 1770 2
Rechtspolitik 1767 10
Rechtsvergleich 1767 9, 11
Reform 1976 1767 2
sittlich-gerechtfertigte — 1767 2, 20 ff;
1771 9; 1772 6
Steueradoption 1767 26
Stiefkindadoption 1767 12, 16; 1771 1;
1772 5
Tod des Angenommenen 1770 14 ff
Tod des Annehmenden 1770 18 ff
Übergangsrecht des AdoptG
Vor 1741 48 ff
Unterhaltsrecht nach — 1770 11
Verheirateter Volljähriger 1757 4, 6, 25;
1767 12
Verwandtschaftsverhältnisse des Anneh-
menden 1770 6; 1772 7
Verwandtschaftsverhältnisse, bisherige
1770 9
Volladoption, Zulässigkeit 1770 1;
1772 1 ff
Vormundschaftsgericht
s. Vormundschaftsgericht (Adoption)
Wichtiger Aufhebungsgrund 1771 5 ff;
1772 8
Zweitadoption als — 1742 11; 1771 6

Annahmebeschluss
s. Annahme als Kind

Annehmender im Adoptionsrecht
s. Eltern (Adoptiveltern)

Anordnung
einstweilige
s. Einstweilige Anordnung
vorläufige
s. Vorläufige Anordnung

Anstaltsaufwachen
s. Heim, Heimerziehung

Anstaltsunterbringung
eines Elternteils 1666 94, 103
des Kindes 1666 44, 103; 1666 a 11

Antrag auf Adoption
Adoptionsabsicht und — 1751 41
Antragsrecht nichtehelichen Vaters
1747 14, 42, 46 f
arglistige Täuschung 1760 16 ff
bedingungsfeindlicher 1752 4
Dekretsystem 1752 1
Doppelnatur 1752 4
Einwilligungen, erforderliche
s. Einwilligung in Adoption
Ermittlungen nach — 1752 14
fehlender Antrag 1760 4, 10
Form (notar. Beurkundung) 1752 4; 1760 7
geschäftsunfäh. Antragsteller 1760 13 ff

Antrag auf Adoption (Forts.)

höchstpersönlicher 1752 4
 irrümlicher — 1760 15
 Rechtsnatur 1752 4
 Rücknahme 1752 5 ff
 Stellvertretung, unzulässige 1752 4;
 1760 9

unwirksamer Antrag 1760 10 f
 Verfahrenshandlung 1752 4
 Volljährigenadoption 1768 2 ff
 zeitbestimmungsfeindlicher 1760 8
 Zwischenverfügungen 1752 20

**Antrag auf Adoptionsaufhebung 1759 21;
 1760 32; 1762 3 ff; 1771 1 ff****Antrag auf Ehelicherklärung**

Antragsverfahren 1740 a 41
 Einwilligungen, erforderliche
 s. Einwilligung in Ehelicherklärung
 fehlender — 1735 7
 Form (notarielle Beurkundung) 1730 1 ff
 Fristen 1740 e 1, 2
 Gesetzlicher Vertreter des Kindes
 1740 c 1 ff

Gesetzlicher Vertreter des Vaters 1728 5
 höchstpersönliche Erklärung 1728 2;
 1740 b 6
 Kindesantrag 1723 5; 1740a 15, 20 ff
 Tod der Mutter und — nichtehelichen Kin-
 des 1740 e 2
 Tod des Vaters und — nichtehelichen Kin-
 des 1740 e 1

Vater, Antrag 1723 10 ff; 1740 a 24
 Vater, beschränkt geschäftsfähiger
 1728 5 ff
 Vormundschaftsgericht, Genehmigung
 1728 5

**Antrag (Sorgerecht)
 s. a. Amtsermittlung**

Elterliche Sorge, Änderung von Anord-
 nungen 1696 12, 15, 29, 34, 45, 73,
 80
 Sorgerechtsentscheidung bei Getrenntle-
 ben 1672 7 ff, 15, 17, 22
 Sorgerechtsmaßnahmen durch VormG
 1666 155

Anzeige

der Heiratsabsicht 1683 12

Arbeitsgemeinschaft

Jugendpflege, Jugendfürsorge Vor 1741 4

Arglistige Täuschung

Adoptionsantrag, -einwilligung 1760 16 ff

Arzt

Abtreibung und Unterlassungsanspruch
 1666 31
 Beurteilungsspielraum bei Abtreibung
 1666 35
 Elterliche Sorge und Untersuchung, Be-
 handlung des Kindes 1666 40, 62, 69,

Arzt (Forts.)

75, 80 ff, 112, 114 ff, 143; 1696 68
 Impfung von Kindern, verweigerte
 1666 81
 planwidriges Kind 1666 35
 Schadensersatz und Abtreibungsrecht
 1666 35

Aufenthalt

Adoptionseinwilligung bei unbekanntem
 — 1747 38; 1748 16, 32, 37
 des Kindes bei nichtsorgeberechtigtem Teil
 1696 49
 des Kindes und Sorgerechtsregelungen
 1671 219

Aufenthaltsbestimmungsrecht

Abspaltung von Personensorge 1671 47
 Änderung des Sorgerechts und Eingriff in
 das — 1696 17, 52, 55, 76
 Elterntrennung 1672 9, 17, 26
 Entziehung 1666 40, 139; 1680 6, 25;
 1696 17; 1744 15
 Gefahr forschen Eingriffs 1666 a 4
 Gemeinsames Sorgerecht und — 1671 188
 minderjährigen Elternteils 1673 24
 für Pfleger 1671 50, 194
 als tatsächliche Personensorge 1673 24
 Umgangsrecht und — 1696 55
 vorläufige Übertragung 1696 76

Auffangtatbestand

elterliches Versagen 1666 15

Aufhebung der Adoption

s. Annahme als Kind

Aufhebung häuslicher Gemeinschaft

1727 10 ff

Aufklärung

des Adoptivkindes 1758 23

Aufsichtspflegschaft 1671 194 f; 1685 9**Aufteilung**

elterlichen Sorgerechts als gesetzliche
 Ausnahme 1671 42 ff
 von Geschwistern 1671 113
 Personensorge und Vermögenssorge
 1671 140
 zeitliche — elterlichen Sorgerechts
 1671 48

Ausbildung

und Eltern-Kind-Verhältnis 1666 44, 67,
 101, 114, 137
 eines Elternteils und Sorgerecht 1671 73
 nichtehelichen Kindes 1705 10

Auseinandersetzung

Erbengemeinschaft 1683 20
 Vermögensgemeinschaft mit Kind nach
 Heiratsabsicht 1683 19

Ausforschungsverbot

der Adoption 1758 9

Auskunftsrecht

nichtehelichen Kindes auf Vaterbenennung
 1666 106

Auskunftsrecht (Forts.)

nichtehelichen Vaters 1711 52 ff

Ausländer

Adoption und Aufenthaltsrecht 1767 27;
1770 21; 1772 7

Ausländerfamilien

Adoleszenzkonflikte 1666 126
Einreise von Kindern ohne Eltern 1674 12
Familienkonflikte 1666 120
Kindesschutz 1666 77
Kindeswohl 1666 122

Ausländerrecht (Aufenthaltsrecht)

Adoption 1754 16; 1767 5, 21, 27

Ausländische Kindesschutzmaßnahmen

Anerkennung, Vollstreckung 1666 184

Ausländische Sorgerechtsentscheidung

Abänderung 1696 83
Anerkennung, Vollstreckung 1671 223 ff
als Bestandteil eines Scheidungsurteils
1671 224

Ausländischer Elternteil

und Sorgerechtsentscheidung 1671 96

Ausländisches Kind

s. Kind (ausländisches)

Ausländisches Recht

Adoption und —
s. Annahme als Kind
nichteheliche Kinder, Legitimation
Vor 1719 13 ff

Ausland

s. a. Internationale Zuständigkeit
Elternteil, in des — ausgewanderter
1674 11
Kind, Umsiedlung in das — 1666 68, 97,
104, 126, 165, 182; 1696 34, 50, 54 ff,
83
Kindesaufenthalt im — 1674 13
Kindesaufenthalt im — und Rechtsschutz
1666 181 f
Wegzug ins — und Sorgerecht 1671 48,
96, 142, 145, 192, 227

Auswanderung

s. Ausland

Beamtenrecht

Adoptivkind und leibliches Kind, Gleich-
stellung 1754 15

Bedingungsfeindlichkeit

Adoptionsantrag 1723 12; 1752 4
Adoptionseinwilligung 1750 10
Legitimation 1724 1 ff
Legitimationsantrag 1723 11; 1740a 15
Legitimationseinwilligung 1723 11;
1726 13; 1740b 7

Beendigung

elterlicher Sorge Vor 1673 2

Befristung

Sorgerechtsentscheidung 1671 144

Begleitname 1740f 31; 1757 8, 11, 14 ff,
21; 1765 18

Beistand

für alleinsorgeberechtigten Elternteil
1685 1 ff; 1686 1 ff; 1689 1 ff;
1690 1 ff; 1691 1 ff; 1692 1 ff
für Mutter nichtehelichen Kindes 1705 20

Bekanntmachung

Adoption 1752 29

Belehrung

Adoptionsverfahren 1747 46; 1748 31 ff

Beratung

Adoptionsverfahren 1747 47; 1748 31 ff
Elterliche Sorge 1671 24 f, 178, 211

Beruf

des Elternteils und Sorgerechtsentschei-
dung 1671 58, 73, 91, 182, 193;
1696 65, 69
des Kindes 1666 114
nichtehelichen Kindes 1705 10

Berufung

Sorgerechtsentscheidung des FamG
1671 216

Beschluß

Annahmebeschuß
s. Annahme als Kind
zur Ehelicherklärung auf Antrag des Kin-
des 1740a 47
zur Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters
1723 49

Feststellung des VormG zur Sorgeverhin-
derung 1674 2 f, 17 ff; 1678 10, 19;
1764 22 f

Maßnahmen des VormG zur elterlichen
Sorge 1666 169 ff; 1696 132 ff

Beschränkt geschäftsfähige Eltern, Elternteil

Vor 1673 2; 1673 19 ff; 1705 22

Beschwerde, befristete

Sorgerechtsänderung 1696 4, 80
Sorgerechtsentscheidung des FamG
1671 216

Beschwerde, einfache

Adoption, Ablehnung des Annahmebe-
schlusses 1752 34 ff; 1768 12
Adoption, ersetzte Einwilligung 1748 66
Ehelicherklärung, abgelehnte 1723 56;
1740a 51
Ehelicherklärung, ersetzte Einwilligung
der Mutter 1727 23 f
nach FGG 1707 56; 1708 18
Kindesvermögen, Anordnungen 1667 37
Maßnahmen zur elterlichen Sorge durch
VormG 1666 174 f
nichteheliches Kind, Pflegeraufhebung
1707 54
nichteheliches Kind, Pflegerbestellung vor
der Geburt 1708 18
Sorgerechtsänderung 1696 40, 80

- Beschwerde, einfache** (Forts.)
 Umgangsrecht des nichtehelichen Vaters
 1711 73 ff
- Beschwerde, sofortige**
 Adoption, abgelehnte 1752 36
 Adoptionsaufhebung 1759 23
 Ehelicherklärung 1740g 52
- Beschwerde, weitere**
 Maßnahmen zur elterlichen Sorge durch
 VormG 1666 176
 Sorgerechtsentscheidung des FamG
 1671 216
 Umgangsrecht nichtehelichen Vaters
 1712 76
- Bestandsschutz**
 Adoptivkindverhältnis 1758 2; 1759 2;
 1760 3; 1761 1
- Betreuung des Kindes**
 s. Kindesbetreuung
- Beurkundung**
 notarielle
 s. Notarielle Beurkundung
 öffentliche
 s. Öffentliche Beurkundung
- Bikulturelle Kindesprägung** 1666 126 ff
- Bildung**
 eines Elternteils und Sorgerecht 1671 73
- Bindungen des Kindes**
 s. Kindesbindungen
- Bluttransfusion**
 dem Kind verweigerte 1666 80
- Brautkinder, Ehelicherklärung** 1740a 1
- Bruchteilsgemeinschaft**
 keine Vermögensgemeinschaft 1683 17
- Chancengleichheit**
 für minderjährigen Elternteil 1673 23
 Mutter-Vater bei Sorgerechtsentscheidung
 1671 60 ff
- DDR, ehemalige**
 Adoptionsrecht Vor 1741 14 ff
 nichteheliches Kind, Legitimation
 Vor 1719 26
- Dekretssystem des Adoptionsrechts**
 s. Annahme als Kind
- Deprivation, Deprivationsstörungen**
 Vor 1741 35 ff
- Dinglicher Arrest**
 in Elternvermögen 1667 18
- Dritte**
 elterliche Sorge und Maßnahmen gegen —
 1666 142
 Kinderbetreuung durch — 1671 58, 91,
 101, 109, 192, 203
- Drogensucht**
 der Eltern 1666 73, 86, 131; 1696 65
 des Kindes 1666 86, 93, 115; 1666 a 11
- Drogensucht** (Forts.)
 und Sorgerechtsentscheidung 1671 74
- Ehe**
 Legitimation durch nachfolgende —
 s. Legitimation nichtehelichen Kindes
- Ehe, Eheschließung**
 Adoptivverwandtschaft und — 1766 1
 der Eltern, Adoption und Legitimation
 1719 11 ff; 1747 16 ff; 1755 6
 Kindesvermögen, Schutz bei 1683 1 ff
- Eheähnliche Lebensgemeinschaft**
 Annahme eines Kindes durch — nicht
 möglich 1741 28, 44, 49
 Ehelicherklärung und Kindeswohl
 1723 27
 Elterliche Sorge 1671 29
 Leben in — nach Trennung und Sorgerecht
 1671 80
 des Sorgeberechtigten mit neuem Partner
 1696 67
- Eheähnlicher Name**
 nach Ehelicherklärung 1740g 5
- Eheaufhebungsformen**
 und Regelung elterlicher Sorge 1671 28
- Ehefrau**
 Abtreibung, Verhinderung geplanter
 1666 28 ff
- Ehegatten**
 s. a. Eltern; Elternteil; Ehescheidung;
 Familie
 Adoption durch —
 s. Eltern (Adoptiveltern)
 Adoption und — des Annehmenden, An-
 zunehmenden (Einwilligungen)
 1749 1 ff, 11 ff
 Adoption und — des Annehmenden,
 Zweitadoption 1742 15 ff
 Adoption durch einen der beiden —
 1741 29 ff; 1749 2
 Aufhebung häuslicher Gemeinschaft
 1727 11
 Ehelicherklärung und — 1726 8
 Ehelicherklärung und — des überlebenden
 Elternteils 1740a 29 f
 Stiefkindadoption
 s. Kind (Stiefkindadoption)
- Ehegattenunterhalt**
 s. Unterhaltsrecht
- Ehelicherklärung**
 s. Legitimation nichtehelichen Kindes
- Ehemann**
 Abtreibung und Rechte des — 1666 31
- Ehename**
 s. a. Namensrecht
 und Adoption 1757 10 ff, 22, 23, 30;
 1765 14 ff

Ehename (Forts.)

Legitimation nichtehelicher Kinder
1720 4 ff; 1737 7, 13, 14; 1740 f 5, 24,
27, 32

Ehescheidung

Abänderung von Sorgerechtsregelungen
nach — 1696 30 ff

Adoptivelterern und Adoptionsaufhebung
gegenüber Elternteil 1764 14

Adoptivelterern und Annahmeverhältnis
1763 8

Alleinsorge s. dort

Elterliche Pflichtverletzung und Sorgerecht
1671 46, 94, 111, 152, 191

Elterliche Sorge nach —
s. dort

Elterliche Sorge, Abgrenzung §§ 1666,
1671, 1672, 1696 1666 37

Familiengericht oder VormG nach und
während des Verfahrens 1666 37 ff;
1696 6 f

Gemeinsames Sorgerecht der Eltern
s. dort

Nach-Scheidungs familie 1671 2, 23, 41,
48, 94, 103, 162, 183, 194; 1696 6,
30, 36

Scheidungskinder 1666 41; 1671 94

Scheidungskrise 1671 2, 19, 25, 72, 86,
94, 194

Scheidungsschuld 1671 64, 78

Scheidungs trauma 1671 94, 99, 102, 150,
161

Scheineheliches Kind 1671 77, 187

Sorgerechtsentziehung nach — und ande-
rer Elternteil 1680 1 ff, 23 ff

Sorgerechtsregelungen 1671, 1672 19 ff

Stiefkindadoption und spätere — 1763 18

Tod alleinsorgeberechtigten Elternteils
nach — 1681 8 ff, 15 ff

Vorabentscheidung über — und Sorge-
rechtsregelung 1672 21

Zerrüttungsprinzip 1671 6, 12, 78

Eheverbot

Adoption 1755 14

Adoptivverwandschaft 1766 1

Eheverfehlung

und Sorgerechtsentscheidung 1671 78

Einfache Beschwerde

s. Beschwerde, einfache

Eingriff in elterliches Sorgerecht

s. Elterliche Sorge, Maßnahmen

Einigungsvertrag vom 31. 8. 1990

Adoptionsrecht, intertemporales Recht
Vor 1741 21

Einmalige Leistung

Adoption und Anspruch auf — 1755 8, 9

Einstweilige Anordnung

Änderung der Sorgerechtsentscheidung
1696 10, 29, 41, 56, 76

Einstweilige Anordnung (Forts.)

Alleinsorge anderen elterlichen Teils
1678 4, 8, 10, 13, 17, 20, 23, 32;
1680 24; 1681 9, 26

Eheauflösung, Vorabentscheidung und
Sorgerecht 1672 21

Ehescheidung, anhängige Ehesache und
elterliche Sorge 1671 31, 35, 47, 192,
202, 213, 219, 221, 223, 226, 232

Endentscheidung nach § 1696, keine —
1696 10

Haager MSA-Zuständigkeit 1671 221
nichteheliches Kind, Zusammentreffen mit
Vater 1711 71

Trennung der Ehegatten, Sorgerechtsrege-
lung durch — 1672 24 f

Einwilligung in Adoption

des Adoptivkindes 1746 1 ff, 21 ff;
1750 1

Altadoption Vor 1741 55 ff, 79

Alternativeinwilligung 1747 23

arglistige Täuschung 1760 16 ff

bedingungsfeindliche 1750 10

Beschwerde nach Antrag auf Ersetzung der
— 1748 66

Blankoeinwilligung 1747 21

DDR-Recht, früheres Vor 1741 17 ff, 21 f

Ehegatte des Alleinanehmenden, —

1749 1 ff

Elterliche Sorge nach — der Eltern

1751 1 ff

Elterliche Sorge, Entzug und — 1666 52;
1748 13, 21, 38, 50

der Eltern ehelichen Kindes 1747 6

Eltern, Heirat nach — der Mutter

1747 16 ff

Eltern — und Kind —, Verhältnis

1746 6 ff, 29

der Eltern und Sorgerecht 1751 1 ff

Eltern, an Sorgerechtsausübung verhin-
derte 1678 6, 8, 19

entbehrliche — 1747 36 ff; 1749 5

Ergänzungspfleger, Bestellung für —

1746 6, 9 f, 13, 15

Ersatzmutterschaft 1747 34

Ersetzung der Einwilligung des Ehegatten
1749 6, 14

Ersetzung der — auf Kindes antrag
1748 1 ff

Ersetzung der — auf Kindes antrag
s. (und die alph. Übersicht dort)

Eventualeinwilligung 1747 22

fehlende — 1760 1 ff, 24 ff; 1761 4 ff

Form (notarielle Beurkundung) 1745 27;

1746 21, 25; 1750 9; 1760 6, 26

Gesetzliche Vertretung 1746 22, 29 ff;
1750 15

Höchstpersönliche — 1750 14

Inkognitoadoption 1747 25 ff; 1748 41

Einwilligung in Adoption (Forts.)

irrtümliche **1760** 15
 des Kindes **1746** 1 ff, 21 ff; **1750** 1
 Legitimation und — des Vaters **1747** 16 ff
 Leihmutterchaft **1747** 35
 der Mutter nichtehelichen Kindes
 Vor **1705** 51; **1747** 9; **1750** 1
 nachgeholte **1760** 24 ff, 28 ff
 Namensänderung **1757** 24, 27, 38, 41 ff
 Offenbarungs- und Ausforschungsverbot
 und — **1758** 15
 Pflegeelternadoption Vor **1741** 30
 pränatale — **1747** 32
 Rechtsnatur **1750** 3
 Stellvertretung, unzulässige **1750** 14
 Tod des Annehmenden **1753** 8
 Umwiderruflichkeit **1750** 12
 Unwirksamkeit **1760** 10 ff, 22
 Vater nichtehelichen Kindes, keine —
 1747 10 ff; **1750** 1
 Vormundschaftsgericht, — gegenüber
 1750 4
 Wirksamwerden **1750** 6

Einwilligung in Ehelicherklärung

der Ehefrau bei Antrag des Vaters **1726** 3,
 8
 der Ehefrau, ersetzte **1727** 10 ff
 Elterliche Sorge, Entzug und Ersetzung der
 — **1666** 52
 fehlende **1735** 8
 Form (notarielle Beurkundung) **1730** 3
 des Kindes bei Antrag des Vaters **1723** 17;
 1726 1, 4
 des Kindes, Gesetzliche Vertretung
 1729 1 ff
 der Mutter bei Antrag des Vaters **1723** 17;
 1726 1, 5
 der Mutter, ersetzte — **1727** 1 ff
 des überlebenden Elternteils **1740 a** 15, 26

Einwilligungsvorbehalt § 1903

und elterliche Sorge **1673** 9

Einzeladoption

s. Annahme als Kind

Elterliche Erziehung 1671 87 ff

s. a. Elterliche Sorge; Eltern; Eltern-
 Kind-Verhältnis; Familie; Kind
 Abänderung von Sorgerechtsanordnungen
 1696 34 ff
 Ausbildung des Kindes **1666** 114
 Berufstätigkeit **1671** 58, 91
 Betreuung **1671** 58, 61, 91 ff, 106, 127,
 139, 179, 183, 186, 193, 228
 Betreuung, vernachlässigte **1666** 72, 86,
 105, 150; **1666a** 4
 Bewährungsversuche **1666** 131
 Eignung **1666** 22, 24; **1671** 32, 34, 50,
 55, 58, 61, 63, 71, 74, 79, 84, 88, 94,
 96, 110, 128, 132, 192 ff, 210;
 1672 25

Elterliche Erziehung (Forts.)

Eignung und Eheverfehlung **1671** 79
 Eignung für gemeinsame Sorge **1671** 167,
 170, 175, 182
 Eignung, gleichwertige und Drittinteressen
 1671 64
 Eignung und Kindesbindung **1671** 110
 entwürdigende **1666** 76
 Entziehung
 s. dort
 Erziehungsleitbild **1666** 113
 Erziehungsprimat **1666** 55, 64, 69, 72,
 113, 126
 Erziehungsunfähigkeit **1748** 55
 Erziehungsunvermögen **1666** 22 ff
 Gefahrenabwehrprimat **1666** 4, 5, 7 ff,
 20, 23, 30, 67, 74, 130
 gesellschaftliche Tüchtigkeit kein Ziel —
 1666 87
 Grundgesetz und Ziel — **1666** 89
 Interpretationsprimat **1666** 6, 7, 46, 67,
 82
 Kindbemühtheit **1671** 83 ff
 Kinderschutz und Zweck — **1666** 77
 Kontinuitätsprinzip in der —
 s. Kontinuitätsprinzip (Kindeserzie-
 hung)
 Methode **1666** 76 ff, 113, 120 f,
 123—126; **1671** 87, 87 ff, 100
 Mutter-Vater-Unterschied **1671** 60
 partnerschaftliche **1671** 89
 Probleme der — und öffentliche Hilfe
 1666 a 11
 Qualität der — und stabile Lebensverhält-
 nisse **1671** 90
 rechtliches Ziel der — **1671** 87
 Scheidung und Erziehungsprimat **1671** 2,
 15, 19, 41, 43, 129 ff, 140, 142 ff,
 146, 179, 186
 Trennung und Erziehungsprimat **1672** 1,
 7, 9, 13
 Vormundschaftsgericht und Maßnahmen
 — **1666** 67
 Ziel der — **1666** 59, 71, 75, 89 f, 93,
 101, 112, 119; **1671** 15, 62, 87, 100
 Ziel der — und Eltern-Kind-Beziehung
 1671 100

Elterl. Pflichtwidrigkeit 1666 7, 17 ff, 110;
1667 2; **1696** 40, 50, 78; **1748** 12 ff, 51

Elterliche Sorge (Adoptivkind)

s. im übrigen Elterliche Sorge (eheli-
 ches Kind)

Adoptionsaufhebung **1764** 13

Adoptionseinwilligung, anfechtbare und
 — **1751** 5

Adoptionseinwilligung und Ruhen bisheri-
 ger — **1751** 1, 4, 7, 9, 21, 24

Legitimation nach erklärter Adoptionsein-
 willigung **1747** 17

Elterliche Sorge (Adoptivkind) (Forts.)

Ruhen — nach Adoptionseinwilligung

1751 1, 4, 7, 9, 21, 24

Stiefkindadoption 1751 20

Elterliche Sorge (eheliches Kind)

s. a. Eltern; Kind (eheliches)

Abänderung von Sorgerechtsanordnungen

1671 9, 10, 45, 49, 50, 94, 142, 149, 159, 188, 197, 200, 206, 216, 223, 226 f, 239; 1672 2, 22, 24; 1680 9, 15 ff, 25; 1696 1 ff

Adoptionsaufhebung und Zurückübertragung der — 1764 13

Adoptionseinwilligung und Ruhen —

1751 1, 4, 7, 9, 21, 24

Alleinsorge

s. Alleinsorge

Alleinzuständigkeitsprinzip für — 1671 8,

11, 13 f, 38 ff, 56, 142, 158, 204;

1680 25; 1696 6, 30, 41

Anhörung

s. Rechtliches Gehör

Anzeige einer Heiratsabsicht 1683 12 ff

Auseinandersetzungspflicht 1683 4 ff

Ausübung —, rechtliche und tatsächliche

Verhinderung 1671 50, 189;

Vor 1673 1, 2; 1673 6; 1674 1, 2, 8 ff;

1675 2; 1678 1 ff; 1693 1 ff

Beendigung Vor 1673 2; 1677 1 ff

Beendigung der — und Geschäftsfortführung 1698a 1 ff; 1698b 1 ff

Beistandschaft für Alleinsorgeberechtigten 1685 1 ff; 1686 1 ff

Beistandschaft, erweiterter Aufgabenkreis 1690 1 ff

Beistandschaft, Rechtsstellung 1691 1 ff

Betreuung 1666 72, 86, 105, 150;

1666a 4; 1671 58, 61, 91 ff, 101, 106, 109, 127 f, 139, 179, 183, 186, 193, 203, 228; 1673 8 ff, 19; 1696 18, 25 f, 35, 37, 49 f, 60, 62, 65, 69

nach Ehelicherklärung 1740f 8, 10

Ehescheidung und — 1671 1 ff; 1673 14, 16, 18; 1674 18 f, 21, 23; 1678 3, 8, 10, 12 f, 20 f, 30; 1680 3 ff, 23 ff, 32; 1681 2, 5, 8 ff, 15 ff, 22, 25; 1683 9 f; 1763 8

Eltern, verhinderte und Vormundschaftsgericht 1693 1 ff

Elternteil und Konkursfall 1667 12

Elternteil, Verhinderung eines sorgeberechtigten 1671 50, 189; Vor 1673 1, 2; 1673 6; 1674 1, 2, 8 ff; 1675 2; 1678 1 ff

Entzug — 1666 132 ff

Entzug der — ggü. einem Elternteil 1680 1 ff

Erziehungsbeistandschaft 1685 3

Elterliche Sorge (eheliches Kind) (Forts.)

Familiengericht und —

s. Elterliche Sorge (Maßnahmen)

Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung

s. Gemeinsame elterliche Sorge

Geschäftsfortführung bei Beendigung der — 1698a 1 ff; 1698b 1 ff

Getrennt lebende Eltern

s. Trennung

Herausgabe des Kindes

s. dort

Herausgabe des Kindesvermögens 1698 1 ff

Internationales Privatrecht

s. dort

Kindesvermögen, Herausgabe 1698 1 ff

Kindeswille

s. dort

Kindeswohl, Kindeswohlgefährdung

s. dort

Konkurs und Vermögenssorge 1670 1 ff

Maßnahmen des FamG

s. Elterliche Sorge (Maßnahmen)

Maßnahmen des VormG

s. Elterliche Sorge (Maßnahmen)

für Mutter nach Ehelichkeitserklärung 1738 11 ff

Nutzungen, Rechenschaft 1698 8 ff

Personensorge

s. dort

Pflegerbestellung 1666 27, 39, 146;

1667 6, 17, 28, 32, 37; 1671 9 ff, 27, 33, 39 ff, 46, 50, 138, 190 ff, 210, 214 f, 219; 1672 3, 4, 14, 22, 27; 1673 5, 13 f, 18, 20 f, 26 ff; 1674 1, 10, 19 ff, 23; 1678 1, 7, 10, 11, 16, 17, 23, 26, 32; 1680 1, 15, 18, 20 ff, 25; 1681 2, 5, 9, 13, 15, 17 ff; 1683 1, 9, 13; 1685 2; 1696 7, 18, 20, 29, 41, 52, 77

Pflichtverletzung und Adoption 1748 21

Plazierungswechsel des Kindes

s. Kind (unter Umplazierung)

Rechenschaft 1698 7

Ruhen der —

s. Ruhen elterlicher Sorge

Sorgerechtsvorschlag, übereinstimmender s. Elternvorschlag

Tod eines Elternteils 1671 28, 189, 197, 200; 1677 1 ff; 1681 1 ff; 1696 8

Tod des Kindes 1698b 1 ff

Trennung der Ehegatten

s. Trennung

übereinstimmender Sorgerechtsvorschlag

s. Elternvorschlag

Umgangsrecht

s. Umgangsrecht

Verhinderte Eltern

s. oben unter Ausübung

- Elterliche Sorge (eheliches Kind) (Forts.)**
 Vermögensgemeinschaft mit Kind
1683 1 ff
 Vermögenssorge
 s. Kindesvermögen
 Vermögensverzeichnis und Beistandschaft
1689 1 ff
 Vermögensverzeichnis bei Heiratsabsicht
1683 13
 Vormundschaftsgericht
 s. Vormundschaftsgericht (elterliche Sorge)
- Elterliche Sorge, Maßnahmen**
 des FamG **1666** 43; **1671** 96; **1672** 8 ff, 15 ff, 25 ff; **1696** 4, 6, 7, 41, 72
 des VormG **1666** 132 ff; **1666a** 1 ff; **1667** 1 ff; **1671** 196; **1672** 6, 14, 22, 26; **1696** 4, 6, 7, 72
- Elterliche Sorge (nichteheliches Kind)**
 s. a. Kind (nichteheliches)
 s. a. Mutter nichtehelichen Kindes
 s. a. Vater nichtehelichen Kindes
 Abänderung von Sorgerechtsanordnungen
1707 32 ff
 Adoptionsaufhebung und —, Zurückübertragung der **1764** 13
 Adoptionseinwilligung und Nichtehelichenvormundschaft **1751** 13
 Amtspflegschaft, Eintritt **1709** 1 ff
 Auskunftsrecht des Vaters **1711** 52 ff
 Beendigung **Vor 1672** 2
 beschränkt geschäftsfähige Mutter **1705** 22
 Diskriminierung **Vor 1705** 40 ff
 Ehelicherklärung **1736** 7
 geschäftsunfähige Mutter **1705** 22
 gesetzliche Vertretung **1705** 17
 Jugendamt als Amtspfleger **1709** 12 ff
 Kindeswohl **1707** 14 ff
 Maßnahmen des VormG **1666** 1 ff; **1666a** 1 ff; **1667** 1 ff; **1705** 15, 16
 Minderjährige Mutter **1705** 21
 Mutter, Rechtsstellung **1705** 1 ff
 Nichtehelichengesetz und Neuregelung
Vor 1705 20 ff
 Personensorge **1705** 8 ff; **1711** 14 ff
 Pfleger, Rechtsstellung **1706** 6 ff
 Pfleger-Mutter-Verhältnis **1706** 11
 Pflegeraufgaben **1706** 13 ff
 Pflegerbestellung **1706** 1 ff
 Pflegschaft, Änderung früherer Anordnung
1707 32
 Pflegschaft als Amtspflegschaft **1709** 1 ff
 Pflegschaft, Aufhebung **1707** 12
 Pflegschaft, Beschränkung **1707** 13
 Pflegschaft, Bestellung vor Geburt
1708 1 ff
 Pflegschaft, nicht eintretende **1707** 5 ff
 Pflegschaft, Jugendamt **1709** 12 ff
- Elterliche Sorge (nichteheliches Kind) (Forts.)**
 Pflegschaft und Vormundschaft **1710** 1 ff
 Pflegschaft und Vormundschaftsgericht
1707 1 ff
 Rechtsentwicklung **Vor 1705** 1 ff
 Reichsjugendwohlfahrtsgesetz **Vor 1705** 11
 Ruhen der —
 s. dort
 Umgangsrecht des Vaters **1711** 1 ff
 Vater, Auskunftsrecht **1711** 52 ff
 Vater, keine elterliche Sorge **Vor 1705** 23 ff
 Vater, Rechtsstellung **1705** 27
 Vater, Umgangsrecht **1711** 1 ff
 Vaterschaftsfeststellung **1706** 13 ff
 Verfassungsmäßigkeit des Umgangsrechts
1711 13
 Verfassungsmäßigkeit des Vaterausschlusses
Vor 1705 26 ff
 Vermögenssorge **1705** 16 ff
 Vormundschaft und Pflegschaft **1710** 1 ff
 Vormundschaftsgericht
 s. Vormundschaftsgericht (elterliche Sorge)
 Vormundschaftsgericht und Anordnungen
 bezüglich Pflegschaft **1707** 1 ff; **1708** 1 ff
 Vormundschaftsgericht und Umgangsrecht
1711 23 ff
 Weimarer Reichsverfassung **Vor 1705** 10
- Elterliche Sorge (Pflegekind)**
 s. Kind (Pflegekind)
 Inhaber der — und VormG-Maßnahmen
1666 28
- Elterliche Sorge (Stiefkind)**
 s. a. Kind (Stiefkind)
 Eingriffsmöglichkeiten **1666** 27
- Eltern**
 s. a. Elterliche Erziehung; Elterliche Sorge; Eltern-Kind-Verhältnis; Eltern-
 teil; Familie; Kind
 Abtreibung durch Minderjährige und
 Rechte der — **1666** 82
 abwesende — **1666** 49; **1674** 11; **1748** 6,
 32, 37
 Adoleszenzkonflikte **1666** 112 ff
 Adoptiveltern
 s. Eltern (Adoptiveltern)
 Aids und Kinderverbleib **1666** 84
 Alkoholabhängigkeit **1666** 28, 73, 131;
1671 74; **1696** 65
 Anhörung
 s. Rechtliches Gehör
 Aufenthaltsbestimmungsrecht
 s. dort
 ausgewanderte — **1674** 11; **1696** 54
 Ausländerfamilien
 s. dort
 Behinderung **1674** 16; **1748** 17
 Belehrung vor Adoption **1748** 31

Eltern (Forts.)

Beratung vor Adoption **1748** 34
 Berufstätigkeit **1671** 56, 58, 73, 91, 182, 193; **1696** 65, 69
 Betreuung des Kindes
 s. Betreuung
 Bindung an das Kind **1671** 92
 dinglicher Arrest **1667** 18
 Drogenabhängigkeit **1666** 73, 86, 131; **1696** 31
 Eheschließung der Eltern und Adoption, Legitimation **1719** 11 ff; **1747** 16 ff; **1755** 6
 Eltern-Streit **1671** 3, 17, 19 f, 24 f, 31, 45, 56, 172, 188, 193; **1696** 51
 Erklärung von —, Ersetzung **1666** 143
 Förderungsprinzip und Elterneignung **1671** 77 ff
 freiheitsbeschränkende Gesellschaftsordnung, Übersiedlung **1666** 104
 Freiheitsstrafe **1666** 103
 Gefahrabwendung, Möglichkeiten **1666** 130
 Gefahrabwendungsprimat **1666** 4, 7 ff, 20, 23, 30, 67, 74, 130 ff
 geistig behinderte **1666** 105; **1666a** 5; **1673** 7, 12; **1674** 5, 6, 16, 18; **1679** 10; **1748** 55 f
 gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung
 s. Gemeinsame elterliche Sorge
 Geschäftsunfähigkeit **1671** 136; **1673** 2, 4, 8, 11 ff; **1674** 5, 16; **1693** 3; **1773** 1
 Geschlechterrollen **1671** 49, 58 ff, 143
 Getrenntleben
 s. Trennung
 Gewalt gegen Kinder durch — **1671** 69, 98 f
 gleichberechtigte — **1671** 6, 49, 56 ff, 64, 91, 113, 143, 151, 161
 Gleichgültigkeit der — **1748** 25 ff
 Haftaufenthalt **1671** 50; **1674** 14
 Heiratszumutung **1723** 38
 Herausgabestreit zwischen —
 s. Herausgabestreit
 HIV-Träger **1666** 84
 Homosexualität **1671** 75
 Kindesrecht und Elternrecht (Grundrechte) **1666** 2, 5, 7, 10, 11, 16 ff, 20, 22, 35, 61, 64, 67, 69, 73, 77, 113, 118, 133, 141, 155, 171 f
 Kindesrecht und Persönlichkeitsrecht der — **1666** 35
 Kindesvermögen
 s. Kindesvermögen
 Kindeswohl, Kindeswohlgefährdung
 s. dort
 Kompetenzmängel **1674** 6
 Konkurs **1670** 1 ff; **1680** 17 ff
 Kooperationsfähigkeit der — **1671** 26, 41,

Eltern (Forts.)

42, 57, 133, 141, 163, 167 f, 172 ff, 181 ff, 187, 207, 211
 kriminelles Verhalten **1666** 94
 als Lebensrisiko für das Kind **1666** 67
 leibliche — und Adoption
 s. Eltern, leibliche und Adoption
 Leihmutter **1666** 57
 Maßnahmen
 s. Elterliche Sorge (Maßnahmen)
 mißhandelnde **1666** 78
 Mutter-Vater-Unterschied **1671** 60
 als Nachscheidungsfamilie
 s. dort
 nichtehelichen Kindes
 s. Mutter nichtehelichen Kindes, Vater nichtehelichen Kindes
 Nichtsorgeberechtigte —
 s. dort
 objektives Versagen **1666** 13
 öffentliche Hilfe **1666a** 10
 Persönlichkeit, Persönlichkeitsbereich **1666** 141; **1671** 71
 Pflegeeltern
 s. Eltern (Pflegeeltern)
 Pfleger-Meinungsverschiedenheit **1666** 47
 Pflichtverletzung **1666** 7, 18, 110; **1667** 2, 9; **1671** 46, 94, 111, 152; **1748** 12 ff, 51
 psychische Krankheit **1748** 57
 rechtliche oder genetische Stellung **1671** 77
 Rechtswidrigkeit elterlichen Verhaltens **1666** 17 ff
 Regelungskonflikte zwischen — **1666** 47
 Religion und Kinder **1666** 93
 Schicksal für die Kinder **1666** 89
 Schutzfunktion **1666** 130 ff
 seelische Behinderung **1748** 57
 Sexualleben, exponiertes **1666** 92
 Sittlichkeit **1671** 63, 75, 78 ff, 182
 soziale Gruppenarbeit **1666a** 11
 sozialpädagogische Familienhilfe **1666a** 11
 Staat als Wächter
 s. Familie
 staatliche Interessen und Verhalten der — **1671** 63
 Straftaten gegen das Kind **1748** 52
 Tod der —
 s. Tod
 Trennungsvorgänge
 s. Trennung
 übereinstimmender Sorgerechtsvorschlag
 s. Elternvorschlag
 Umgangsrecht
 s. dort
 Unterhaltsrecht
 s. dort

Eltern (Forts.)

- Unterstützung der —
 - s. Familie
- unverheiratete **1666** 96
- Vater-Mutter-Unterschied **1671** 60
- Verhinderung an Sorgerechtsausübung
 - s. Verhinderung
- Vermögenssorge
 - s. Kindesvermögen
- Vermögensverfall **1667** 12
- Versagen **1666** 14 ff, 20, 22, 24, 70, 73, 133; **1680** 11
- Verschulden **1666** 12 ff, 25, 26, 73, 75; **1667** 11; **1673** 2; **1674** 6; **1748** 23
- Verweigerung der Kindesbehandlung **1666** 116
- Volljährigkeit, bevorstehende **1666** 113
- Wille der — **1666** 114 f
- wirtschaftliche Verhältnisse **1671** 98
- zerstrittene — **1671** 104
- Zwangstherapie **1671** 24 f, 211

Eltern (Adoptiveltern)

- s. a. Annahme als Kind; Eltern; Kind (Adoptivkind)
- Absicht der Adoption **1751** 32
- Adoptionspflege, vorangehende **1744** 1 ff; **1752** 15
- Adoptionsvoraussetzungen, Zeitpunkt **1744** 13
- Alterserfordernisse **1743** 5 ff
- Antrag auf Adoption **1752** 4 ff
- Antrag auf Adoptionsaufhebung **1759** 21; **1760** 32; **1762** 3 ff; **1771** 1 ff
- Aufhebung, Erlöschen der Rechtsbeziehungen zu den — **1764** 7, 14 ff; **1765** 1 ff; **1771** 1 ff
- Ausländer **Vor 1741** 47, 87; **1741** 32
- als besserstehende Eltern **1666** 67
- Dekretsystem **1752** 1 f
- Ehedauer vor Adoption **1741** 16; **1743** 4
- Ehegatte allein **1741** 4, 8, 27, 29 ff, 39 ff; **1749** 1 ff; **1753** 7; **1754** 10; **1770** 3
- Ehegatte, Annahme seines Kindes **1741** 33 ff
- Ehegatte, ausländischer **1741** 32
- Ehegatte, geschäftsunfähiger **1741** 31; **1743** 8; **1749** 2
- Ehegatte, Teilaufhebung **1763** 15, 23 f
- Ehepaar als — **1741** 8, 27 ff, 39 ff; **1753** 7 ff; **1754** 4; **1770** 3
- Ehepaar als — und ergänzende Zweitadoption **1742** 15
- Ehescheidung **1763** 8
- Eheverbot der Adoptivverwandtschaft **1766** 1 ff
- eigenes nichteheliches Kind **1741** 45 ff; **1755** 5; **1756** 7, 14
- Eignung künftiger — **1744** 12

Eltern (Adoptiveltern) (Forts.)

- Elterliche Sorge
 - s. Elterliche Sorge (Adoptivkind)
- Eltern, Heirat leiblicher **1747** 19
- Eltern-Kind-Gemeinschaft **1666 a** 8
- Ermittlungen vor Adoptionsdekret **1752** 14 ff
- Ersatzmuttertschaft, Vereinbarung mit — **1747** 34
- Erziehungsprobleme **1759** 17
- Familienpflege, vorangehende **1748** 35, 43, 50
- Grundrechtsschutz, — und leibliche Eltern **1761** 13
- Inkognitoadoption
 - s. dort
- Kind-Beziehung (Volladoption) **1754** 1 ff; **1755** 1 ff; **1770** 3 ff; **1772** 1 ff
- Kinder der —, Interessenschutz **1745** 2 ff, 6, 6 ff, 10 ff
- Kinderlosigkeit, früheres Erfordernis **1745** 1 ff
- Legitimation und potentielle — **1747** 16
- Leihmuttertschaft **1747** 35
- nichtverheiratete Person als Annehmender **1741** 43 ff; **1743** 5; **1753** 6; **1754** 10
- Obhut der — **1751** 30 f
- Offenbarung **1758** 11
- Personenkreis **1741** 27 ff
- Pflegeschaft künftiger — **1746** 14; **1751** 16 f
- Scheinadoption **1763** 10
- Stiefkindadoption
 - s. Stiefkindadoption
- Tod des oder der Annehmenden
 - s. Tod
- Unterhaltspflicht **1751** 26, 29 ff, 36 ff
- verheiratete — **1741** 28 ff; **1753** 7; **1770** 3
- Verwandtschaft 2. oder 3. Grades mit Kind **1756** 1 ff
- Volljährigenadoption **1767** 12, 14 ff
- Vormundschaft künftiger — **1746** 14
- Zweistufen-Adoption **1756** 13
- Zweitadoption, Ausnahmen **1742** 9 ff
- Zweitadoption, verbotene **1742** 1 ff

Eltern, leibliche und Adoption

- s. a. Annahme als Kind; Eltern; Eltern (Adoptiveltern); Kind (Adoptivkind)
- Abstammungsfeststellung nach Annahme **1755** 15 ff
- Adoptivverwandtschaft **1756** 27
- anhaltend gröbliche Pflichtverletzung **1748** 12 ff, 22, 28
- Aufenthalt, unbekannter **1747** 38; **1748** 37
- Aufhebung ex nunc und Wiederaufleben **1764** 9, 10
- Belehrungspflicht **1748** 31 f
- Beratung **1748** 34

Eltern, leibliche und Adoption (Forts.)

- besonders schwere Pflichtverletzung **1748 51 ff**
- besonders schweres geistiges Gebrechen **1748 55 ff**
- BetreuungsG vom 12. 9. 1990 **1748 57**
- Blutsverwandtschaft contra faktische Bindungen **1748 48**
- Einwilligung, Ersetzung der Einwilligung s. Einwilligung in Adoption
- Elterliche Sorge nach Adoptionsaufhebung **1764 13**
- Elterliche Sorge nach Adoptionseinwilligung **1751 1, 4, 5, 7, 9, 10, 21, 22, 24**
- Elterliches Sorgerecht, nicht mehr gegebenes und Pflichtverletzung eines Elternteils **1748 21**
- Elternrechte und Grundrechte des Kindes **1748 8 f**
- Ersatzmutter **1747 34**
- Erziehungsunfähigkeit **1748 55**
- Gefährdung des Kindes **1748 13**
- Geheimhaltungsinteresse **1758 4**
- Gleichgültigkeit **1748 25 ff**
- gröbliche Pflichtverletzung **1748 13 ff, 28**
- Grundrechtsschutz, — und Adoptiveltern **1761 13**
- Inkognitowahrung **1758 20**
- Interessenabwägung **1748 39**
- Leihmutter **1741 17, 35**
- nichteheliches Kind
 - s. Kind, nichteheliches unter Adoption
- Pflichten, bestehenbleibende **1755 8 f**
- Pflichtverletzung, anhaltende oder besonders schwere **1748 13 ff, 28, 51 ff**
- Pflichtverletzung, länger zurückliegende **1748 49 f**
- Prozeß, späterer mit — **1758 20**
- Rückadoption **1742 10, 12**
- Rückübertragung des Sorgerechts **1751 7, 16, 21 ff**
- scheineliches Kind **1747 37**
- Schuldproblematik **1748 23**
- Umgangsrecht **1751 1, 5, 9, 25; 1755 7**
- unterbleibende Adoption **1748 38**
- Unterhaltspflicht **1751 33, 35; 1755 7, 12; 1770 11**
- Unterhaltspflichtverletzung **1748 16 f**
- Verwandtschaftsverband, Ausscheiden **1756 26**
- Volladoption, Rechtsfolgenn **1755 1 ff**
- Volljährigenadoption **1770 9; 1772 1 ff**
- wiederkehrende Verpflichtungen **1755 10**
- Zweitadoption und — **1742 14**

Eltern (Pflegeeltern)

- s. a. Eltern; Kind (Pflegekind)
- Adoleszenzkonflikte und — **1666 127**
- Adoption durch — **Vor 1741 30**

Eltern (Pflegeeltern) (Forts.)

- Anhörung **1666 158**
- mit Aufenthaltsbestimmung betraute **1666 139**
- als besserstehende Eltern **1666 67**
- Ehescheidung der Eltern und — **1671 192**
- und Eltern, Herausgabestreit **1666 45**
- Eltern-Kind-Beziehung **1666 46**
- Eltern-Pflegeeltern-Streit **1666 45, 96**
- geschützte Eltern-Kind-Gemeinschaft **1666 a 8**
- Hinwendung zu — **1666 a 6**
- Kind-Beziehung **1666 46**
- Kindesherausnahme aus — **1748 50**
- Kindkontakt **1666 107**
- Schutz vor Trennung zugunsten leiblicher Eltern **1666 a 8**
- Umgangsrecht **1666 107, 111**
- Verbleibensanordnung § 1632 IV **1666 45**
- Eltern (Stiefeltern)**
 - s. a. Eltern; Kind (Stiefkind); Stiefkindadoption
- Eltern-Stiefeltern-Streit **1666 96**
- Kindkontakt **1666 108**
- als Sorgerechtsinhaber **1666 27**
- Umgangsrecht des Stiefelternteils **1666 108, 111**
- Eltern-Kind-Gemeinschaft 1666a 8**
- Eltern-Kind-Verhältnis**
 - Abänderung der Sorgerechtsanordnung **1696 1, 30, 65**
 - Adoption und —
 - s. Eltern-Kind-Verhältnis (Adoption)
 - ausländischem Recht unterliegendes — **1666 183**
 - Beziehungsstörung **1666 75**
 - Bindungsproblem **1671 99**
 - Bindungsstreit und — **1671 103**
 - Eingriffe, schädliche in — **1666 90**
 - Einzelfallgerechtigkeit für Maßnahmen **1666 123**
 - Erhaltung vorhandenen — **1666 103**
 - Mißhandlung oder gerechtfertigte Züchtigung **1666 76**
 - natürliches **1763 1**
 - Neuordnung **1671 2 ff, 35, 129; 1672 16**
 - Nichtehelichenrecht **1706 37**
 - nichteheliches Kind und bestehendes — **1711 38**
 - Overprotection **1666 88**
 - Restbindung, wiederbelebungsfähige **1748 29**
 - Scheidungsfall **1671 16, 35, 70, 81, 108, 110, 152, 157, 210**
 - seelisch-emotionaler Faktor trotz ungünstiger Verhältnisse **1666 86**
 - Sorgerechtsentscheidungen im — **1696 1**
 - Trennung der Eltern und — **1672 18**
 - verweigerter Beziehungsaufbau **1666 87**

Eltern-Kind-Verhältnis (Forts.)

Wiederherstellung nach Gleichgültigkeit
1748 29

Eltern-Kind-Verhältnis (Adoptionsrecht)

Begriff 1741 24

Ehescheidung der Adoptiveltern 1763 8

Enttäuschung bezüglich erwarteten —
1763 7

Erwartung bezüglich — 1741 3, 7

Leibliche Eltern 1751 1, 4 ff; 1755 1 ff

Pflegezeit und Prognose für — 1744 4

Stiefkindverhältnis 1741 36

Täuschung über die Absicht eines —
1760 19

Überzeugung des Gerichts vom —
1741 23 ff

Volladoption und — 1763 1

Volljährigenadoption 1767 2, 6, 7, 8,
10, 14 ff, 20, 24 f

Zweifel am Entstehen 1741 26

Eltern-Kindesinteressen, Abwägung 1748 39**Elternrecht**

Abänderung von Sorgerechtsanordnungen
1696 27 f, 30 ff, 33, 40

Eltern als Grundrechtsträger

s. Verfassungsrecht, Verfassungsmäßig-
keit

Erziehung

s. Elterliche Erziehung

und Kindesrecht 1666 3, 133

und Personensorge (Verfassungsrecht)
1666 2

auf Sorgerechtsübertragung 1678 18, 26,
30; 1680 6, 10, 17, 23

und Staatsintervention 1666 2, 11, 20,
41, 55, 64, 67, 69, 85, 89, 93, 113,
154; 1671 1, 17 ff, 37, 39, 41, 78,
103, 129, 133, 160, 165, 167 f, 183 f,
186, 191, 194 f, 206, 211

Elternteil

s. a. Eltern; Ehegatten; Nichtsorgebe-
rechtigter Elternteil

Adoption eigenen ehelichen Kindes
1741 40, 45; 1759 6

Adoptionsaufhebung nur zu einem —
1764 14; 1765 13

Alkoholabhängigkeit 1696 65

Alleinsorge

s. dort

Ausbildung 1671 73

ausländischer — 1671 96

im Ausland mit Kind untergetauchter
1748 19

Auslandsumzug 1671 96

Beistand für allein sorgeberechtigten —
1685 1 ff; 1686 1 ff

berufstätiger — 1671 58

Bhagwan-Bewegung 1671 82, 89

Bildung 1671 73

Elternteil (Forts.)

Bindungsunterschied 1671 108

Bindungsvorsprung 1671 108

Drogenabhängigkeit 1696 65

Ehelicherklärung und Einwilligung des
überlebenden — 1740a 26; 1740b 1 ff

Ehelicherklärung und Namenserteilung
für überlebenden — 1740g 1 ff

Elterliche Sorge und Stellung des —
1666 28

Entfremdung 1696 52, 54 ff

Entzug elterlicher Sorge gegenüber einem
— 1680 1 ff

erziehungsungeigneter 1671 110

familiäres Umfeld eines — 1671 95

feindselige Haltung eines — 1671 94

Förderungsprinzip und Vorrang eines —
1671 71

aus fremder Kultur 1671 88

geschäftsunfähiger — und elterliche Sorge
1671 136; 1673 1, 2, 4, 8, 11 ff;

1674 5, 16; 1693 3

Geschlechtsumwandlung 1696 70

Gewalttätigkeit gegen Kind 1671 88

homosexueller 1671 75

Kindesbeeinflussung 1671 121

Kindesbetreuung durch nichtsorgeberech-
tigten — 1696 35, 37, 49 f, 62

Kindesentführung 1671 85

Konkurseröffnung und Vermögenssorge
1670 1 ff

Kontakt zum nichtsorgeberechtigten —

1671 94, 97, 104, 109, 132, 162;

1696 27, 46, 51 ff

Krankheit 1671 74

Lebensbedingungen 1671 96

Lebensführung nach Trennung 1671 80

Lebenspartner, neuer 1671 95

Lebensverhältnisse, stabile 1671 90

Lebensweise, abweichende 1671 82

partnerschaftliche Erziehungsbefähigung
1671 89

religiöse Grundlage 1671 82

seeliche Labilität 1671 74

Selbstmordversuch 1671 74

sexueller Mißbrauch 1671 88

sorgeberechtigter — und veränderte Um-
stände 1696 65 ff

Sorgerecht, alleiniges nach Entziehung des
anderen — 1680 1 ff

sorgerechtliche Position nach Wegfall des
anderen — 1678 1 ff

Sorgestreit, rigoroses Vorgehen eines —
1671 85

sozialer Status 1671 73

soziales Umfeld 1671 95

Tod eines —

s. Tod

Tötung eines — 1748 53

Elternteil (Forts.)

transsexueller **1671** 76
Trennungsverhalten, rigoroses **1671** 85
Umgangsrecht des nicht sorgeberechtigten
— **1671** 97, 109, 194, 229; **1696** 27
Verbleib im Inland **1671** 227
Verhinderung eines sorgeberechtigten —
1671 50, 189; **Vor 1673** 1, 2; **1673** 6;
1674 1, 2, 8 ff; **1675** 2; **1678** 1 ff
Vermögenssorge, Übertragung auf anderen
— **1667** 6
Vorbildargument **1671** 80
weltanschauliche Grundlage **1671** 82
wirtschaftliche Verhältnisse **1671** 98
Zeuge Jehovas **1671** 82

Elternvorschlag, übereinstimmender zum Sorgerecht **1671** 4, 10, 16, 19, 23, 40 ff, 50, 57, 129—157, 204, 207

Abänderungen von Sorgerechtsanordnungen und — **1696** 42 ff, 46, 48
Bindungswirkungen **1671** 41, 129, 140, 149 ff, 157; **1696** 43 ff
für gemeinsame Sorge **1671** 164, 166, 172, 183, 204, 206, 210; **1696** 42 ff
Kindeswohl-Konkretisierung durch —
1671 131

Embryo

Tötung **1666** 28

Enkel

Adoption **1741** 22

Entscheidungsmaßstab Kindeswohl **1671** 66

Entstehungsgeschichte

Adoptionsrecht **Vor 1741** 1 ff
Adoptionsvermittlungsrecht **Vor 1741** 83 ff

Entziehung

des Aufenthaltsbestimmungsrechts
1666 40, 139; **1680** 6, 25; **1696** 17;
1744 15
Elterlicher Sorge **1666** 132 ff
der Personensorge **1666** 4, 24, 39 ff, 45, 50, 138, 145 ff, 170, 173, 177;
1666 a 1, 3, 12, 17; **1680** 2; **1744** 15
des Sorgerechts und Sorgerechtsstellung
anderen Elternteils **1680** 1 ff
der Vermögenssorge **1666** 148;
1667 29 ff; **1680** 2; **1683** 25 ff

Erbengemeinschaft

Vermögensgemeinschaft mit Kind **1683** 20

Erbfall

und Beendigung elterlicher Sorge
1698 b 1 ff

Erbrecht

Adoptierter als Erblasser **1770** 14 ff
Adoption und — **1770** 14 ff
Adoption und Schmälerung des —
1741 10, 15, 23
Adoption und Umgehung des —
1767 28 ff
Adoption und vorhandenes — **1745** 15

Erbrecht (Forts.)

Altadoption **Vor 1741** 50, 53 f, 60, 65
Ehelicherklärung auf Kindesantrag
1740a 7, 9, 38
nichtehelichen Kindes **1706** 54 ff

Erbschaftssteuerrecht

Adoption **1754** 16; **1755** 14; **1767** 5, 22;
1770 21

Erforderlichkeit

Abänderung der Sorgerechtsentscheidung
1696 16, 21, 38 ff
Eingriff in elterliche Sorge **1666** 134
Kindesgefährdung, Abwehr **1696** 16, 21, 38
Sorgerecht und Pflegerbestellung
1671 194 f
Trennung Eltern-Kind **1666a** 1
Vermögenssorge, Eingriff **1667** 14

Ergänzungspfleger

Adoptionseinwilligung des Kindes **1746** 5
für Adoptiveltern bei Vaterschaftsfeststellung **1755** 16
Alleinsorgeberechtigter, Ausfall **1678** 15
Pfleger für nichteheliches Kind als —
1706 9

Ersatzmutterschaft **Vor 1741** 93 ff; **1741** 17;
1747 34

Ersatzmuttervermittlung **Vor 1741** 91

Erwachsenenadoption

s. Annahme als Kind (Volljährigenadoption)

Erziehungsbeistandschaft **1666** 53

des Jugendhilferechts **1685** 3

Erziehungsberatung **1666a** 11

Europäisches Adoptionsabkommen **1967**

Vor 1741 2

Europäisches Übereinkommen

zum Sorgerecht (EuKindesEÜ) **1671** 228,
238 ff

Eventualeinwilligung

in Adoption **1747** 22

Faktische Betreuungssituation

beim gemeinsamen Sorgerecht **1671** 179

Faktische Eltern, Gemeinschaft **1666a** 8

Familiäre Rollenverteilung **1671** 61

Familiäres Umfeld

und Sorgerechtsentscheidung **1671** 95

Familie

s. a. Eltern

Adoption und Ursprungsfamilie **1754** 1;
1755 1 ff

Adoptivfamilie, geschützte **1759** 10

Auflösung und Kindeswohl **1672** 1
autonome Konfliktlösung **1671** 18, 25,
122, 152, 154, 168, 211; **1696** 31, 34,
36

dynamischer Ansatz **1671** 51, 53, 102 ff

Eltern-Kind-Gemeinschaft **1666** 6

Familie (Forts.)

- und Erwachsenenadoption **1767 27**
- Gefahr forschen Eingriffs **1666a 4**
- Gemeinschaft als — **1666 3, 6, 19, 108, 119, 124, 141, 157; 1666 a 8**
- Herausnahme des Kindes **1666a 12**
- Nichtehelichenrecht **Vor 1705 20 ff**
- problembehaftete — **1666a 1, 3, 5**
- Sorgerechtsentscheidung und neue (Teil)— **1696 30, 34, 55, 60, 65, 73**
- Staat und —, verfassungsrechtliches Verhältnis **1671 23**
- staatliches Wächteramt bezüglich — **1666 2, 11, 20, 41, 55, 64, 67, 69, 85, 89, 93, 113, 154; 1671 1, 17 ff, 37, 39, 41, 78, 103, 129, 133, 160, 165, 167, 183, 186, 191, 194, 206, 211; 1696 1, 6, 14 ff, 30 ff, 44**
- Unterstützung, staatliche als Pflicht **1666 3, 18 ff, 23, 41, 49, 105, 126, 131 ff, 135, 157; 1666 a 1 ff, 10 ff; 1671 17, 23 ff, 41, 111, 160, 168, 178, 195, 209, 211**
- Volljährigenadoption, Familienbezogenheit **1767 21**
- Zerstörung der — durch Kindesschutz **1666a 3, 6**

Familienbuch

- Einsicht **1758 8**
- Legitimation **1719 47 ff**

Familiengericht

- Abänderung von Sorgerechtsanordnungen **1666 43; 1671 200; 1696 4, 5, 6, 7, 22, 41, 72**
- Ehetrennung **1666 38**
- Elterneinwirkung bei Sorgerechtsstreit **1671 133**
- gemeinsames Sorgerecht, richterliche Entscheidung **1671 185 ff**
- Haager KindesEÜ, EuKindesEÜ **1671 231**
- Kindesentführung **1666 182**
- Kompetenzkonflikte VormG und — **1666 43**
- Maßnahmen
 - s. Elterliche Sorge (Maßnahmen)
- Nach-Scheidungsfamilie **1696 6 f**
- Scheidungsfamilie und — **1666 37**
- Sorgerecht und Elternvorschlag **1671 133, 149 ff**
- Abänderung **1696 4 ff**
- abschließende Entscheidung **1666 40**
- Bestand und Abänderung der Entscheidung **1671 200; 1696 72**
- Elternvorschlag und abweichender Kindesvorschlag **1671 152 ff**
- bei Getrenntleben **1672 15 ff**
- Pfleger oder Vormund **1671 196**
- nach Scheidung und spätere VormG-

Familiengericht (Forts.)

- Maßnahmen **1666 40**
- während Konkursverfahrens **1670 12**
- Trennung der Ehegatten und Maßnahmen des **1666 38; 1672 14**
- Umgangsrecht nach entzogenem Sorgerecht gem. § 1666 **1666 51**
- Verbundprinzip **1671 4, 12**
- Vermögenssorge, Übertragung auf anderen Elternteil **1667 6**
- Vormundbestellung bei Trennung, Scheidung, Aufhebung **1681 15 ff**
- Vormundschaftsgericht und —, Abgrenzungsfragen bei Sorgerechtsentscheidungen **1666 37 ff; 1667 6; 1671 31 ff; 1672 4, 14; 1696 6**
- Vormundschaftsgericht und —, Vorrang oder alternative Zuständigkeit **1666 38**

Familiengesetzbuch der ehemaligen DDR

- Adoptionsrecht **Vor 1741 14 ff**

Familiennamen

- Adoption und — des Annehmenden **1757 5, 10 ff**
- Adoption und Hinzufügung des bisherigen — **1757 3, 24 ff**
- Adoptionsaufhebung **1765 5 ff**
- Wechsel des — und Kindeswohl **1666 100**

Feststellungsbeschluß (VormG)

- zur Verhinderung elterlicher Sorge **1674 2 f, 17 ff, 22 f; 1678 10, 11, 19**

Feststellungsklage

- Adoption, Wirksamkeit **1759 8**

FKK-Anhängerschaft 1666 92**Förderungsprinzip**

- im Scheidungsfall **1671 70 ff, 81, 84, 87 ff, 100, 110 ff, 126**

Förmliches Adoptionspflegetverfahren 1744 8; 1751 3**Form**

- im Adoptionsrecht
 - s. Annahme als Kind (Minderjährigenadoption)
- Antrag auf Ehelicherklärung **1730 1 ff**
- Einwilligung in Ehelicherklärung **1730 3**

Französisches Recht

- Adoptionstypen **1754 3**

Frau

- Islam **1666 121**

Freiheitsstrafe

- der Eltern **1666 103**

Fristen (Adoptionsrecht)

- Adoptionsaufhebung, Antragsfristen **1762 12 ff**
- Einwilligung der Eltern, Überlegungsfrist **1747 29 ff; 1760 6, 23**
- Einwilligung eines Elternteils, Kraftloswerden **1750 17**

Fristen (Legitimation)

- Antrag nach Tod des Vaters **1740 e 3**

Fristen (Legitimation) (Forts.)

Feststellungsklage § 1600 n Abs. 1
1706 17 ff

Fristenlösung

bei Abtreibung 1666 35

Frühadoption Vor 1741 44

Fürsorgeerziehung 1666 53

Gastarbeiterfamilien

Kindeswohl 1666 120 ff

Geburt

und Adoption 1754 16

Diskriminierung nichtehelicher —
Vor 1705 40

und Ehelicherklärung 1723 18

Geburtenbuch

Einsicht 1758 8

Legitimation 1719 47 ff

Geburtseintrag

Beischreibung zum — und Adoption
1752 26

Geburtsname und Adoption

s. Namensrecht (Adoption)

Geburtsurkunde 1719 48

Adoption 1758 8

Gefahr, Gefährdung des Kindes

s. Kindeswohl, Kindeswohlgefährdung

Gefahrenabwehrprimat

Eltern-Kind-Verhältnis 1666 4, 5, 7 ff,
20, 23, 30, 67, 74, 130

Geheimhaltung

s. Inkognitoadoption

**Geistig behinderte Eltern 1666 105; 1666a 5;
1673 7; 1678 10; 1748 55**

Geistig-seelische Kindesgesundheit 1666 89

Gemeinsame Adoption

s. Annahme als Kind

Gemeinsame elterliche Sorge

Abänderung einer Sorgerechtsentscheidung und — 1696 46 ff

Alleinzuständigkeit (Alleinsorge), Ausnahmen 1671 42

Aufteilung Personensorge — Vermögenssorge 1671 42 ff, 140

Elterntrennung 1672 9, 15 ff

Elternvorschlag, gemeinsamer zur —
1671 164, 166, 172, 183, 204, 206,
210; 1672 16; 1696 46

Entziehung des Sorgerechts gegenüber
einem Elternteil 1680 1 ff, 6 ff

Erziehungsbeistandschaft 1685 3

Erziehungsseignung für — 1671 167, 170,
175, 178, 182

Fälle — 1681 5

Kindeswohl 1671 57, 158 ff

Kooperationsfähigkeit 1671 176 ff

Personensorge — Vermögenssorge, Aufteilung 1671 42 ff, 140

nach der Scheidung 1671 13, 21, 26, 37,

Gemeinsame elterliche Sorge (Forts.)

40, 45, 57, 104, 141, 155, 158 ff, 200,
204, 206, 210

Tod eines Elternteils 1681 4

Unteilbarkeitsgrundsatz 1671 38

Verfassungsgebot 1671 41

Verhinderung beider Elternteile 1678 10

Verhinderung eines Elternteils 1678 1 ff

Verhinderung eines Elternteils nach —
1678 8

Wechsel von Alleinsorge zum — 1696 30,
46 ff, 66

Gemeinschaftliche eheliche Kinder

Elterliche Sorge für — 1671 27

Generalklausel

Kindesschutz 1666 11

Kindeswohl 1666 56

Gericht

s. Familiengericht

s. Vormundschaftsgericht

Gerichtliche Hilfe

Kindesschutz 1666 9 f

Nasciturus 1666 28

Gerichtspsychologische Begutachtung

des Kindes, elterliche Einwilligung 1660 80

Geringstmöglicher Eingriff

in elterliches Sorgerecht 1666 136

Gesamtbild Kindeswohl 1671 67

Gesamtvertretung

Kind, eheliches 1666 10

Geschäftsführung

Eltern für das Kind 1698a 1 ff

Geschäftsunfähigkeit

Adoptionsantrag, -einwilligung 1760 13 ff

Ehegatte und Adoption 1741 31; 1743 8;
1749 2

Ehelicherklärung, Einwilligung bei —
1726 17

Ehelicherklärung, — Kindes 1729 1 ff

Ehelicherklärung auf Kindesantrag
1740c 1 ff

Ehelicherklärung, nachträgliche — des
Vaters oder Kindes 1733 15 ff

Ehelichkeitsantrag, — der Mutter und der
Ehefrau 1728 4

Ehelichkeitsantrag, — des Vaters 1728 3

Eltern, Elternteil 1671 136; 1673 1, 2, 4,
8, 11 ff; 1674 5, 16; 1693 3

Eltern unterhalb der Schwelle der —
1674 16

Mutter nichtehelichen Kindes 1705 22

Geschlecht des Kindes

und Sorgerechtsentscheidung 1671 60

Geschlechtsumwandlung

nichtsorgeberechtigten Elternteils 1696 70

Geschwister

im Adoptionsrecht

s. Annahme als Kind (Minderjährigen-
adoption)

Geschwister (Forts.)

Aufteilung im Scheidungsfall **1671** 9, 54,

57, 95, 112 ff, 125, 151, 156, 187

Bindung des Kindes an — **1671** 101,

112 ff

Kindkontakt **1666** 27, 97, 109, 111, 136

Trennung der —, Elternvorschlag

1671 151

Umgangsrecht **1666** 57, 109, 111

Gesellschaftliche Standards

Kindeswohl **1666** 60

Gesellschaftsinteresse

und Kindererziehung **1671** 62

und Kindeswohl **1671** 87

Gesetzliche Vertretung

Adoption, Aufhebungsantrag **1762** 7, 8

Adoption, Zustimmung **1746** 29 ff

Adoptionseinwilligung des nicht 14 Jahre

alten Kindes **1746** 5 ff, 9

des ehelichen Kindes **1666** 10; **1673** 5,

15, 20 ff, 26 ff; **1678** 9

des ehelichen Kindes bei minderjährigem

Elternteil **1673** 21

des ehelichen Kindes, Scheidung der Eltern

1671 8, 38, 41, 45, 47, 139, 187, 190

Handeln trotz fehlender — **1675** 4

des nichtehelichen Kindes **1705** 11, 12,

17; **1706** 1 ff

Gesundheitsgefährdung des Kindes

1666 75 ff, 114

Getrenntleben

s. Trennung

Gewalt

gegen Kinder **1666** 76; **1671** 88

Vormundschaftsgerichtlicher Beschluß

1666 171

Gleichgültigkeit

Eltern gegenüber Kind **1748** 25 ff

Gleichstellung

Adoptivkind, leibliches Kind **1754** 15

eheliche, nichteheliche Kinder **1741** 45

Gröbliche Pflichtverletzung

durch Eltern **1748** 13 ff

Großeltern

im Adoptionsrecht

s. Annahme als Kind (Minderjährigena-

doption)

bessere Betreuung, Pflege bei — **1666** 68

Bindung Kind — und Gefährdung

1666 96; **1681** 8, 11 f; **1696** 69

Ehescheidung und Bindung an — **1671** 91,

95, 109, 192, 196, 203

Eltern-Großeltern-Streit **1666** 96

Eltern-Zerrüttung und Kind **1666** 137

Herausgabestreit Eltern — **1666** 46

Kindesaufwachsen bei — **1741** 15

Kindesbeziehungen zu — **1671** 109

Kindesbindung **1671** 92

Großeltern (Forts.)

Kindeswunsch für — **1666** 119

Kindkontakt **1666** 109

tatsächliche Kindessorge **1666** 27

Umgangsrecht **1666** 57, 69, 109, 137;

1696 17

Verwandtschafts- und Bindungsaspekt

1666 109

Grundrechte

s. Verfassungsrecht, Verfassungsmäßig-

keit

Haager Minderjährigenschutzabkommen

1666 181; **1671** 219 ff, 225, 228;

1672 29 f; **1673** 29; **1674** 3, 24; **1678** 33;

1680 34; **1681** 28; **1683** 27; **1685** 14;

1693 8; **1696** 58, 82

Haager Übereinkommen

zu internationalen Kindesentführungen

1666 182; **1671** 228, 235 ff

Häusliche Gemeinschaft

Aufhebung der — von Ehegatten

1727 10 ff

Haftaufenthalt

Eltern **1666** 103; **1671** 50; **1674** 14

Hare Krishna **1666** 93**Heimatrecht**

Haager Minderjährigenschutzabkommen

1666 181; **1671** 219 ff; **1672** 29 f;

1674 24; **1680** 34

Heimeinweisung **1666** 137; **1666 a** 4, 6, 12**Heimerziehung** **1666** 97, 133, 139

Adoption, Folgen aus der — Vor **1741** 44 ff

Kinderpsychologie Vor **1741** 35, 44 ff

des Kindes **1666** 133, 139; **1666a** 12

Heimfallrecht **1770** 19**Heiratsabsicht**

Anzeige beim Vormundschaftsgericht

1683 12

Heranwachsender

Abänderung des Sorgerechts **1696** 62

Adoleszenzkonflikte **1666** 112 ff

Elterliche Sorge und — **1666** 62, 78, 80,

91, 93, 104, 106, 112, 126, 155, 172,

174; **1666 a** 11

Scheidung und elterliche Sorge **1671** 106,

122 ff, 129, 152, 179, 217, 234

Herausgabe

Kindesvermögen **1696** 71; **1698** 1 ff

Herausgabeanordnung

bezüglich Kindes **1666** 57, 127, 172, 177;

1696 9, 18, 71, 76

Herausgabestreit

Auslandsberührung des Kindes **1666** 127

Eltern- sonstige Betreuungspersonen

1666 96

Eltern-Pflegeeltern **1666** 45, 96; **1741** 15

um das Kind **1671** 215, 228 ff

Herausgabestreit (Forts.)

vorläufige Anordnungen des VormG
1666 177

Herausnahme

des Kindes aus der Familie als Sorge-
rechtsmaßnahme 1666a 12

HIV-Trägerschaft

s. Aids

Höchstpersönliche Erklärungen

Adoptionsantrag 1752 4

Adoptionsantrag, Verzicht nichtehelichen
Vaters 1747 54

Adoptionsaufhebung, Antrag 1762 6

Adoptionseinwilligung 1750 14 f

Ehelicherklärung, Antrag 1723

Ehelichkeitsantrag, -einwilligungen
1728 2

Homosexualität

und Sorgerechtsentscheidung 1671 75

Impfung des Kindes 1666 81**Indikationenlösung**

und Nasciturus-Schutz 1666 32 ff

Vormundschaftsgericht 1666 33 ff

Inkognito-Adoptionspflege 1674 15**Inkognitoadoption**

Abstammungsfeststellung trotz — 1755 15
Bekanntmachung des Annahmebeschlusses
1752 29

DDR-Recht Vor 1741 17

Dekretsystem 1746 15

einseitiges Inkognito 1747 26

Elterliche Sorge nach Eltern-Einwilligung
1674 15

Elterneinwilligung und — 1746 15

Erklärung, fehlende 1760 5

Ersetzung der Einwilligung bei — 1748 41

Gefährdung 1746 15

Geheimhaltung 1758 I ff

Identitätsirrtum 1760 15

Nicht-Inkognitoadoption 1747 27

Prozeß, späterer mit leiblichen Eltern
1758 20

Sicherung im Annahmeverfahren 1747 25

spätere Wahrung 1747 28

Vertragssystem 1746 15

Zulässigkeit 1747 4

Insemination Vor 1741 90; 1747 7**Interessenschutz**

s. Annahme als Kind

s. Kindesinteresse

Elterninteressen 1671 19, 53 ff, 78 f, 84 f

Interlokales Recht

nichteheliches Kind, Legitimation

Vor 1719 25

Internationale Kindesentführungen 1671 228;

1672 29; 1696 83

Internationale Zuständigkeit

Adoptionsangelegenheiten 1752 8

Internationale Zuständigkeit (Forts.)

Eheschließung und Auseinandersetzung
um Vermögensgemeinschaft 27; 1683

Elterliche Sorge, Änderung von Anord-
nungen 1696 58, 82 f

Elterliche Sorge, Entscheidung nach
Entzug 1680 34

Elterliche Sorge, Regelung nach Eheschei-
dung 1671 219

Elterl. Sorge, Ruhensanordnung 1674 24

Elterliche Sorge nach Tod eines Elternteils
1681 28

Elterliche Sorge, Übertragung auf anderen
Elternteil 1678 33

Sorgerechtsverfahren als isolierte Fami-
liensache 1672 29

Vormundschaftsgerichtliche Schutzmaß-
nahmen 1666 181; 1752 8

Internationales Privatrecht

Beistandbestellung 1685 14

Ehescheidung und Sorgerechtsmaßnahme
1671 219 ff

Heimatrecht 1666 181; 1671 219 ff;
1672 29 f; 1674 24; 1680 34

Kindesschutzmaßnahmen Haager MSA
1666 54, 181; 1674 24; 1678 33;

1680 34; 1681 28; 1683 27; 1685 14

Kindesvermögen, Schutz 1683 27

Kindeswohl, Vorfrage im — 1666 122

Kindschaftsstatut 1673 29; 1683 27

Legitimation nichtehelichen Kindes

Vor 1719 21 ff

Ruhen elterlicher Sorge 1673 29; 1674 24

Ruhen elterlicher Sorge für einen Elternteil
1678 33

Sorgerechtsentzug allein-sorgeberechtigten
Elternteils 1680 34

Sorgerechtsverhinderung 1674 24

Vermögenssorge 1680 34

Vormundschaftsgericht, Maßnahmen bei
Elternverhinderung 1693 8

Vormundschaftsgerichtliche Schutzmaß-
nahmen 1666 122 ff

Intertemporales Recht

Adoption Vor 1741 21 f

Intimsphäre

des Kindes 1666 118

Irrtum

Adoptionsantrag, -einwilligung 1760 15

Islamische Familie 1696 84**Isolierte Familiensache**

Sorgerechtsverfahren als — 1672 I ff,
23 ff

Jugendamt

Adoption, Ersetzung der Einwilligung und
Anhörung des — 1748 65

Adoption nichtehelichen Kindes, Beratung
und Belehrung 1747 46 f

Jugendamt (Forts.)

Adoption ohne Elterneinwilligung, Beratung **1748** 30 ff
 Adoptionsannahme, gutachterliche Äußerung **1752** 14
 Adoptionsannahme, vorherige Anhörung **1744** 11
 Adoptionsantrag und Ruhen elterlicher Sorge, Anhörung **1751** 21
 Adoptionsaufhebung, Anhörung **1759** 21
 Adoptionspflege, Beratung und Unterstützung **1744** 10
 als Adoptionsvermittlungsstelle
 Vor 1741 86; **1744** 11; **1752** 15
 Adoptionsvormundschaft **1751** 10 ff
 als Amtspfleger **1709** 12 ff
 Amtsvormundschaft für nichteheliches Kind **Vor 1705** 11, 15
 DDR-Recht und Adoption **Vor 1741** 15, 18 f
 Elterliche Sorge, Änderung von Anordnungen und Anhörung des — **1696** 23, 25, 26, 53, 74
 Elterliche Sorge, Anhörung bei Entscheidungen **1674** 16, 18 ff; **1680** 33; **1681** 20
 Elterliche Sorge, Entziehung ggü. einem Elternteil **1680** 33
 Elterliche Sorge, Maßnahmen und Anhörung des — **1666** 162
 Elterliche Sorge, Ruhen und Anhörung des — **1674** 16, 18 ff
 Eltern, Gefahrabwendungsprimat und — **1666** 131 f, 138
 Eltern, Trennung und elterliche Sorge **1672** 7, 15, 23
 vor Geburt nichtehelichen Kindes kein Pfleger **1708** 5, 7, 13
 JWG-Eingriffsmöglichkeiten, frühere **1666** 53
 Kindesschutz, vorläufiger **1666** 53
 Kindeswohlgefährdung, Anhörung des — **1666** 157 ff, 162, 178; **1666 a** 2
 Kindeswohlgefährdung, Anrufung des VormG **1666** 154
 Kindeswohlgefährdung, Beschwerdeberechtigung **1666** 174
 Kindeswohlgefährdung und kooperatives — **1666** 138
 Kindeswohlgefährdung, öffentliche Hilfen **1666 a** 10 ff
 Landesjugendamt als Adoptionsvermittlungsstelle **Vor 1741** 86
 Legitimation nichtehelichen Kindes **1727** 21; **1738** 27; **1740 a** 8, 46
 öffentliche Beurkundung **1747** 54
 Organ öffentlicher Jugendhilfe **1709** 5
 als Pfleger nichtehelichen Kindes **1707** 38; **1709** 12 ff

Jugendamt (Forts.)

Scheidung und elterliche Sorge **1671** 25, 108, 133, 168, 207, 209, 217, 229, 233
 Umgangspflegschaft **1696** 52; **1711** 60
 Umgangsrecht für nichtehelichen Vater, Vermittlung **1711** 21, 22, 59, 60
 Unterstützung werdender Mutter **1706** 8
 Vermögensinteressen des Kindes **1667** 36
Jugendhilferecht 1666 53; **1685** 3
Jugendreligionen 1666 93

Kausalität

Erziehungsunvermögen und Kindeswohlgefährdung **1666** 24

Kettenadoption 1742 3**Kind**

Abbruch gewachsener Bindungen **1666** 96
 Adoleszenzkonflikt **1666** 112
 Ärztliche Behandlung
 s. Arzt
 Aggressionen gegen — **1666** 58
 Aids-Test **1666** 81
 Alkoholabhängigkeit **1666** 115
 Alleinvertretung **1666** 10
 Anhörung **1666** 160; **1671** 10, 13, 115, 119, 153, 176, 180, 182, 202, 205, 207
 Anlage seines Vermögens **1667** 21
 Anstaltsunterbringung **1666** 4, 103; **1666a** 11
 Aufenthalt **1666** 119
 Aufenthaltsbestimmung
 s. Aufenthalt; Aufenthaltsbestimmungsrecht
 Ausbeutung **1666** 79
 Ausbildung **1666** 44, 67, 101, 113, 114, 137
 Ausland
 s. Übersiedlung
 Bemuttern **1666** 88
 Beruf **1666** 112, 114
 Beschneidung sozialen Kontakts **1666** 106 ff
 Betreuung
 s. Kindesbetreuung
 bikulturelle Prägung **1666** 126 ff
 Bindungen des —
 s. Kindesbindungen
 Drittverhältnisse, Rechtsschutz **1666** 9
 Eltern als Lebensrisiko **1666** 67
 Eltern als Schicksal **1666** 89
 Eltern, unverheiratete **1666** 96
 Eltern-Kind-Verhältnis
 s. dort
 Elternrecht und Kindesrecht **1666** 133
 Entwicklungsschäden ohne Familienbezug
 Vor 1741 41; **1748** 42

Kind (Forts.)

Entwicklungsstörungen **1666** 69, 87, 97, 103, 105, 116, 133 ff; **1666** 137
 Erziehung
 s. Elterliche Erziehung
 familiäre Autonomie, — als Mitträger
 1671 152
 Familienaufwachsen **1748** 42
 Familiengemeinschaft **1666** 6
 Familienname, Wechsel **1666** 100
 Fehltendenzen **1666a** 5
 fremdes Recht **1666** 124
 Fürsorgeerziehung **1666** 53
 Gefährdung **1666** 64 ff
 Gefährdung, künftige **1666** 44
 Gefährdung und Pflichtwidrigkeit
 1666 110
 Gefährdung der Rechte **1666** 20
 Gefährdung und Schutzmaßnahme
 1666 20
 geistig-seelische Gesundheit **1666** 89
 geistig-seelische Interessen **1748** 46
 Gemeinschaftsfähigkeit **1666** 119
 gerichtropsychologische Begutachtung
 1666 80
 Gesamtvertretung **1666** 10
 Geschwister, Geschwisterkontakt **1666** 27, 97, 109, 111, 136; **1671** 9, 10, 54, 57, 95, 112 ff, 125, 151, 156, 187; **1672** 9
 gesellschaftliche Werte **1666** 89
 gesetzlicher Vertreter **1746** 5 ff
 Gesundheit und Eltern-Verhältnis
 1666 114
 Gesundheitsgefährdung **1666** 75 ff
 Gewalt gegen — **1666** 76; **1671** 69, 88 f
 Gewaltanwendung und Beschlußdurchsetzung **1666** 171
 Großeltern, Großelternkontakt **1666** 27, 46, 57, 68 ff, 75, 96, 109, 110, 119, 131, 137, 165; **1671** 91, 95, 109, 192 f, 196, 203; **1681** 8, 11 f; **1696** 17, 69
 Grundrechte
 s. Verfassung
 Heimatrecht **1666** 181 ff; **1674** 24
 Heimerziehung **1666a** 12; Vor **1741** 35
 Herausnahme aus Familie **1666a** 12
 Impfungen **1666** 81
 Individualschutz, familienzerstörender
 1666 3
 Interessenverwirklichung **1666** 7
 internationalprivatrechtliche Vorfragen
 1666 122
 Intimsphäre **1666** 118
 Isolierung des — **1666** 88, 101 ff, 106, 124, 126; **1671** 74, 82, 88, 111
 Kindergartenbesuch **1666** 69 f, 102
 Kindesbegriff **1666** 28

Kind (Forts.)

Kindesinteresse und Eltern-Trennung
 1666a 6
 Kindesschutz
 s. Kindesschutz
 Kindeswille
 s. dort
 Kindeswohl, Kindeswohlgefährdung
 s. dort
 Klage im Namen des Kindes **1667** 17
 Kleinkind **1666** 61, 75, 78, 86, 107, 140, 153; **1666a** 6; **1671** 59, 93, 102, 106 f, 109, 119, 125, 127, 180, 203, 208; **1696** 56, 69, 84; Vor **1741** 37, 39, 41; **1744** 5
 Körperlicher Eingriff und Eltern-Verhältnis **1666** 114
 Kontinuität
 s. dort
 Lebensrecht **1666** 31
 Minderheitsreligion **1666** 93
 Mißhandlung **1666** 75 ff, 105, 131, 157, 161, 165; **1666a** 5; **1671** 69, 88 ff
 Namenswechsel **1666** 100; **1696** 67
 Niemandskind **1763** 13
 Operation **1666** 62, 80, 114 ff, 143
 Overprotection **1666** 88, 101, 104, 116
 Pflichtwidrigkeit und Gefährdung
 1666 110
 planwidrige Kinder **1666** 35
 Plazierungswechsel
 s. unten unter Umlplatzierung
 Privatsphäre **1666** 118
 Problemfamilie **1666a** 1, 5
 Psychiatrische Zwangsbehandlung
 1666 172
 Psychotherapeutische Behandlung
 1666 75, 80, 116, 138, 157, 169
 Pubertät **1666** 112
 Rechte **1666** 2
 Rechte des Kindes, Durchsetzung
 1666 133
 Rechtsschutz **1666** 7, 9, 21, 31
 Rechtsschutzsystem **1666** 5
 religiöses Bekenntnis, Kontinuität **1666** 99
 Religionswahl **1666** 93
 Schädigung des Kindesinteresses **1666** 65
 Schönheitsoperation **1666** 80
 Schulbesuch **1666** 40, 65, 70, 101, 125 f, 137
 seelisch-emotionale Betreuung **1666** 87
 Sekte **1666** 92
 Selbstbestimmung des — **1666** 61, 106, 112, 117 ff, 126, 128, 143
 Sexualität **1666** 91, 118
 Sexueller Mißbrauch **1666** 76, 91; **1671** 88
 soziale Kontakte, Beschneidung
 1666 106 ff
 Stabilitätsgrundsatz **1666** 97 f, 133;

Kind (Forts.)

1671 48, 90, 93, 95, 98, 109, 142,
162, 227, 238; 1696 34, 37, 39, 43,
46, 49, 61 f, 64, 69
Sterilisation 1666 116
subjektbezogener Rechtsschutz 1666 21
Subsidiaritätsklausel 1666 8
Tagesbetreuung 1666 87
Trennung
s. Trennung
Umgang, persönlicher 1666 117
Umgangskonflikte mit Dritten 1666 48
Umplazierung 1666 25, 46, 53, 61, 68,
96 ff, 107, 108, 131, 133, 139, 165,
172, 177; 1671 85, 102, 107, 109, 128,
142, 192 f, 227, 236 ff; 1696 18, 25 ff,
35 f, 38, 44, 49, 51 f, 60 ff, 76
Umsiedlung
s. Übersiedlung
Unterbringung 1666 44
Unterbringung in Pflegefamilie 1748 50
Unterhaltsgefährdung 1666 151
Unterhaltspflichtverletzung 1666 150
Verbleibensanordnung 1666 45 f, 107,
128, 131, 136, 139; 1666a 4, 8, 17;
1671 189, 192; 1696 18
Vernachlässigung 1666 13 ff, 72, 85 ff
Vertretung
s. Gesetzliche Vertretung
Verweigerung der Behandlung 1666 116
Vollzug vormundschaftsgerichtlichen Be-
schlusses 1666 170 ff
Widerstand und Gerichtsbeschluss
1666 171
Zentralnervensystem des Kleinkindes
Vor 1741 39
Zeugen Jehovas 1666 80
Züchtigung 1666 76

Kind (Adoptivkind)
s. a. Annahme als Kind; Kind (eheli-
ches)
s. a. Eltern (Adoptiveltern)
Abkömmlinge des — 1745 6, 8, 19;
1755 3
Abstammungsfeststellung 1755 15
Adoption und verbesserte Lebensverhält-
nisse 1748 40
Adoptionspflege, vorangehende 1744 1 ff;
1751 11, 16, 18, 34
Adoptionsvormundschaft 1751 10, 13,
15 f, 18 f, 24
Adoptiveltern, bereits verwandte 1756 1
Altadoptionen und AdoptG 1977
Vor 1741 49 ff
Altersgrenzen (Einwilligung) 1746 2, 5 ff,
25
Altersunterschied zu vorhandenen Kindern
1745 20
Annahme als — 1752 23 ff

Kind (Adoptivkind) (Forts.)

Aufhebung
s. Annahme als Kind
Aufklärung 1758 23
Aufwachsen in einer Familie 1748 42
Ausländer Vor 1741 47, 87
Begriff 1754 13
Bestandsschutz als — 1759 2; 1761 1
Betreuung
s. Kindesbetreuung
Bruder bzw. Ehegatte 1756 2, 10, 12, 16
Deprivation, Deprivationsstörungen
Vor 1741 35 ff
Ehegatte, verstorbener und Stiefkindan-
nahme 1756 31
Ehegatten, Verhältnis als — zu einem
1749 1 ff
Ehelicherklärung nicht mehr für ein —
1723 6, 7
eheliches Kind, Einwilligung der Eltern
1747 1 ff
eheliches Kind, Rechtsstellung 1754 1 ff
Eheschließung mit Annehmendem 1766 6
Eheverbot der Adoptivverwandtschaft
1766 1
Eigenschaftsirrtrum, unbeachtlicher
1760 15
Einwilligung des —
s. Einwilligung
Elterliche Sorge für das — 1751 4 ff;
1752 4
Elterliche Sorge nach Adoptionsaufhebung
1764 13
Elterliche Sorge nach Scheidung 1671 27
Eltern-Kind-Verhältnis
s. Eltern-Kind-Verhältnis (Adoption)
Erbausgleich, vorzeitiger vor — 1755 9
Familienintegration 1756 15
Frühadoption Vor 1741 44 ff
Fürsorgegedanke 1748 1
Gefährdung, erhebliche 1761 12
Geheimhaltung der Adoption 1758 1 ff
Großelternteil bzw. Ehegatte des —
1756 2, 10, 12, 16, 18
Interessengefährdung 1745 3, 9, 20 f
Interessenschutz 1745 2 ff, 9, 18, 20 f
Jugendamt als Amtsvormund 1751 10 ff
Kettenadoption, verbotene 1742 1 ff
Kinder des —, Interessenschutz 1745 6, 8,
19
Kinderpsychologie Vor 1741 35
Konkubinatskind 1741 49
Lebensverhältnisse, verbesserte 1748 40
Leibliche Eltern
s. Eltern, leibliche und Adoption
Leibliche Geschwister und — 1756 21 ff
Leibliche Verwandtschaft nach Adop-
tionsaufhebung 1764 10 f
Mehrfachadoption, verbotene 1742 1 ff

Kind (Adoptivkind) (Forts.)

- Nachteil, unverhältnismäßiger bei unterbleibender Adoption **1748** 38 ff
- Namensrecht
 - s. Namensrecht (Adoption)
- Nasciturus des — **1745** 13
- nichteheliches Kind als —
 - s. Kind (nichteheliches) unter Adoption
- Obhut des Annehmenden **1751** 32
- öffentlichrechtlicher Status **1754** 14
- Onkel bzw. Ehegatte **1756** 1, 10, 12 ff, 18, 26, 32 ff
- perinatale Schädigung, Verdacht
 - Vor 1741** 45
- Pflegekind und Adoptivkind
 - Vor 1741** 25 ff; **1748** 34, 35, 43
- Pflegschaft, bereits bestehende **1751** 16
- Rückadoption **1742** 10, 12
- Schwester bzw. Ehegatte **1756** 2, 10, 12, 16
- soziales Umfeld, Täuschung **1760** 19
- Staatsangehörigkeit, unterschiedliche **1746** 34 ff
- Stiefkind
 - s. Stiefkindadoption
- Täuschung über — **1760** 2, 16 ff
- Tante bzw. Ehegatte **1756** 1, 10, 12 ff, 18, 26, 32 ff
- Tod des — **1762** 10
- Tod vor Annahme **1753** 3
- Umgangsrecht **1751** 4 ff
- unterlebene Adoption als unverhältnismäßiger Nachteil **1748** 46
- Unterhaltspflicht gegenüber — **1751** 29 ff, 36 ff; **1755** 12
- Urgroßelternteil bzw. Ehegatte **1756** 2, 10
- Vater, Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes **1747** 2, 10 ff, 16, 41 ff
- Vaterschaftsfeststellung **1755** 15
- Vermittlung **Vor 1741** 85 ff
- Verschwägerter 2. oder 3. Grades **1756** 12
- Verwandschaft, Verwandtenadoption
 - s. dort
- Volladoption **1754** 1
- volljähriges Kind
 - s. Annahme als Kind (Volljährigenadoption)
- Vormundschaft, bereits bestehende und Adoptionsvormundschaft **1751** 13 ff
- zivilrechtlicher Status **1754** 12
- Zustimmung des Vertreters **1746** 29 ff
- Zweitadoption, verbotene **1742** 1 ff

Kind (ausländisches)

- Abänderung von Sorgerechtsanordnungen **1696** 58, 82 ff
- deutsches Recht für — **1666** 77
- Einreise ohne Eltern **1674** 12
- internationale Zuständigkeit **1666** 181

Kind (ausländisches) (Forts.)

- Kindesgefährdung und abweichende Kultur **1666** 120
 - Kindeswille **1666** 126
 - Scheidung und Sorge für — **1671** 36, 88, 96, 219 ff
 - Trennung der Eltern **1672** 29 f
 - Trennung von der Familie **1666a** 4
 - Umsiedlung in das Ausland **1666** 68
 - Zurückbehaltung im Ausland **1674** 13
- Kind, eheliches**
- s. a. Elterliche Erziehung
 - s. a. Elterliche Sorge (eheliches Kind)
 - s. a. Eltern
 - s. a. Kind
 - s. a. Kindesschutz
 - s. a. Kindeswille
 - s. a. Kindeswohl, Kindeswohlgefährdung
- abweichender Sorgerechtsvorschlag **1671** 152 ff
 - Adoption des — **1741** 40, 45; **1759** 6
 - Änderungswille bei Sorgerechtsentscheidung **1696** 59 ff
 - Altersstufen und Beziehungen **1671** 106
 - Aufenthalt im Bereich Haager MSA **1671** 219
 - Auslandsaufenthalt des — **1674** 13
 - Auslandsaufenthalt, erzwungener **1748** 19
 - Auslandsrücküberführung **1671** 230
 - Aussiedlung in das Ausland
 - s. Übersiedlung
 - Auswanderung des Sorgeberechtigten **1696** 54
 - Beeinflussung (und illoyale Bindung) **1671** 85, 94, 111, 115, 118, 121, 124, 193
 - Betreuung
 - s. Kindesbetreuung
 - Beziehungen **1671** 100
 - Beziehungsgeflecht **1671** 102
 - Beziehungsnetz von — und elterliche Sorge **1671** 95, 101 ff, 107, 113, 117, 162
 - Bindungen an Dritte und Scheidung **1671** 92, 101, 109, 192, 196
 - Bindungen an Elternteil und Scheidungsfall **1671** 13, 23, 26, 58, 61, 70, 90, 92, 99 ff, 106 ff, 116 ff, 124 ff, 162, 179; **1696** 37, 48, 52 f, 56, 59, 62, 69, 78
 - Bindungen an Geschwister und Scheidung **1671** 112 ff, 151, 156
 - Bindungsphase **Vor 1741** 37
 - Blutsverwandschaft und faktische Bindung **1748** 48
 - Ehegattentod und Stiefkindadoption **1756** 28
 - nach Ehelicherklärung **1723** 40; **1736** 1 ff; **1737** 5 ff; **1738** 11 ff;

Kind, eheliches (Forts.)

1740a 11; 1740f 1 ff
 Ehescheidung und Sorge für —
 s. Ehescheidung
 gemeinschaftliches — nach Adoption
 1754 1 ff; 1756 31
 gemeinschaftliches — und elterliche Sorge
 1671 27
 Geschlecht und Sorgerechtsentscheidung
 1671 60
 gesellschaftliche Tüchtigkeit 1671 87
 Gesellschaftsinteressen 1671 62
 Gewalt gegen — 1666 76; 1671 69, 88
 Gleichbehandlung ehelicher, nichteheli-
 cher 1741 45
 Gleichgültigkeit gegenüber — 1748 25 ff
 Grundrechte des — und Elternrechte
 s. Verfassungsrecht, Verfassungsmäßig-
 keit
 Grundrechtsträger 1671 100
 Inlandsverbleib 1671 227
 Kindeswille
 s. dort
 Kontinuitätsgrundsatz
 s. dort
 Lebenspartner, neuer des Elternteils
 1671 95
 nach Legitimation 1719 38 ff
 Maßnahmen
 s. Elterliche Sorge (Maßnahmen)
 Nachscheidungsfamilie
 s. dort
 Nestmodell 1671 179
 partnerschaftliche Erziehung 1671 89
 Pendelmodell 1671 179
 persönliche Zuwendung der Eltern
 1748 25
 Persönlichkeit, Achtung 1671 117
 psychosoziale Bedürfnisse 1671 102
 Residenzmodell 1671 179
 scheineheliches 1709 6
 Selbständigkeit, gewachsene 1748 55
 sexueller Mißbrauch 1671 88
 Sorgerechtsvorschlag 1671 152 ff
 Teilmündigkeit und Sorgerecht 1671 152
 Tod 1698b 1 ff
 Trennung
 s. dort
 Umgangsrecht
 s. dort
 verheiratetes — und Ehelicherklärung
 1726 10
 Vertretung 1666 10; 1671 8, 38, 41, 45,
 47, 139, 187 f, 190; 1673 5, 15, 20 ff,
 26 ff; 1678 9
 Vollzeitpflege 1666 a 12
 Wille des — als Sorgerechtskriterium
 1671 115 ff

Kind, nichteheliches

s. a. Elterliche Erziehung
 s. a. Elterliche Sorge (nichteheliches
 Kind)
 s. a. Eltern
 s. a. Kind
 s. a. Kindesschutz
 s. a. Kindeswille
 s. a. Kindeswohl, Kindeswohlgefähr-
 dung
 Adoption
 — Abkömmlinge des — 1757 20
 — Aufhebung, Teilaufhebung der —
 1763 19, 23; 1764 10, 12
 — Ehegatte, Annahme des eigenen —
 1749 2
 — Ehegatte, Annahme des — seines Gat-
 ten 1749 2
 — Ehelicherklärung nicht mehr nach —
 1723 7
 — Eheliches Kindschaftsverhältnis, entste-
 hendes 1754 10; 1755 5
 — Ehemann der Mutter 1747 50
 — Einzeladoption durch Mutter 1741 5,
 9, 26, 45, 46; 1754 10
 — Familienname nach Aufhebung
 1765 6, 8 ff
 — gemeinschaftliche Annahme — 1759 7
 — Gesetzliche Vertretung 1746 5 ff, 29;
 1748 60
 — Gleichbehandlung eheliche, nichtehe-
 liche Kinder 1741 45
 — Heirat Mutter-Vater nach Einwilligung
 in die — 1747 16 ff
 — Heirat Vater-Mutter nach — 1754 9
 — Jugendamt als Amtspfleger 1746 9;
 1748 60; 1751 16
 — Legitimation nach Einwilligung
 1747 16 ff
 — Legitimation und ergänzende Zweit-
 adoption 1742 17
 — durch Mutter 1741 5, 9, 26, 45, 49;
 1751 20; 1753 9; 1755 5; 1763 19
 — durch Mutter und Ehemann 1763 23;
 1764 17
 — Mutter als Einwilligungsberechtigte
 1747 1, 9, 16 ff, 45, 52; 1751 29
 — Namensrecht nach Annahme durch
 Mutter oder Vater 1757 18
 — Nichtehelichenvormundschaft
 1751 13 ff
 — nichteheliches Stiefkind 1754 6, 8;
 1756 7, 14
 — Sperrwirkung des väterlichen Antrags-
 rechts 1747 48 ff
 — durch Stiefelternteil 1741 39, 41 f
 — durch Vater Vor 1705 49 ff; 1741 5, 9,
 26, 45, 47 ff; 1755 5
 — Vater, Anhörungsrecht 1747 14, 15, 49

Kind, nichteheliches (Forts.)

- Vater, Antragsrecht **1747** 2, 10 ff, 14, 18, 42, 46
- Vater, fehlendes Einwilligungsrecht **1747** 2, 10, 13, 41
- Vater, Verzicht auf Antragsrecht **1747** 53 ff
- Vaterschaftsfeststellung **1747** 13; **1755** 15 ff
- Vatervorrang **1747** 51 ff
- Verwandtschaftsverhältnisse mit Adoptiveltern **1756** 14
- Volljährigenadoption als Volladoption **1772** 4
- Amtspflegschaft, Eintritt mit Geburt **1709** 3
- Amtsvormundschaft (Fälle) **1710** 4 ff
- Auskunft über Vaterbenennung **1666** 106
- Auskunftsrecht des Vaters über — **1711** 52 ff
- Begriff **1719** 9 ff
- Diskriminierung **Vor 1705** 40 ff
- Ehelicherklärung
 - s. Legitimation nichtehelichen Kindes
- Elterliche Sorge und VormG-Maßnahmen **1666** 27
- Eltern-Kind-Verhältnis **1711** 38
- Erbansprüche **1706** 54 ff
- gesetzliche Vertretung **1705** 11, 12, 17; **1706** 1 ff; **1746** 7
- Gleichbehandlung **1741** 45
- im Haushalt der Mutter **1705** 26
- Lebensgemeinschaft der Eltern **1707** 22
- Legitimation
 - s. dort
- Legitimationswirkungen, späterer Wegfall **1719** 54
- Maßnahmen
 - s. unten unter VormG
- Namensrecht
 - s. Namensrecht (nichteheliches Kind)
- Pflegschaft
 - s. Elterliche Sorge (nichteheliches Kind)
- Pflichtteilsansprüche **1706** 54 ff
- Rechtsstellung nach Legitimation **1719** 38 ff
- Sorgerecht für beide Eltern **1741** 49
- Sorgerecht des Vaters **1747** 12
- Umgang mit Dritten **1711** 44
- Umgangsrecht des Vaters
 - s. Vater nichtehelichen Kindes
- Unterhaltsansprüche **1706** 43 ff
- Vater als Adoptionsbewerber **1741** 48
- Vater-Kind-Beziehung, verfehlte **1747** 11
- Vater-Sorgerecht **1741** 47
- verheiratetes — und Ehelicherklärung **1740a** 31; **1740f** 27

Kind, nichteheliches (Forts.)

- verheiratetes — und spätere Legitimation **1720** 16
- Vormundschaft
 - s. dort
- Vormundschaft, Adoptionsvormundschaft **1751** 13
- Vormundschaftsgericht und Maßnahmen § 1666 BGB **1666** 27, 50, 106, 146, 183; **1705** 15
- Kind (Pflegekind)**
 - Adoption **Vor 1741** 30 f
 - Adoption und Pflegekindschaft **Vor 1741** 25 ff
 - Elterliche Sorge und VormG-Maßnahmen **1666** 27
 - Inkognito-Adoptionspflege **1674** 15
 - leibliche Verwandtschaft **1748** 48 ff
 - rechtliche Ausgestaltung **Vor 1741** 28
- Kind (Stiefkind)**
 - Eingriffsmöglichkeit zugunsten — **1666** 27
 - Geschwistertrennung **1671** 113
- Kind (Stiefkindadoption)**
 - Adoption durch beide Ehegatten **1754** 7
 - Adoptionswirkung und Gesetzesbestimmung **1752** 24
 - Aufhebung der — **1764** 16
 - Belehrung des Vaters, verhinderte **1747** 47
 - DDR-Recht **Vor 1741** 15, 19
 - Ehegatte des Annehmenden **1749** 2
 - Ehegatte als Vertreter noch nicht 14 Jahre alten Kindes **1746** 10 ff, 29
 - Eheliches Stiefkind **1748** 47; **1754** 8
 - Ehescheidung **1763** 18
 - Elterliche Sorge **1751** 20
 - Elternteil, entgegenstehender Wille des nichtsorgeberechtigten **1748** 45 ff
 - Elternteil, verstorbener **1742** 16
 - England als Vorbild **1741** 38
 - Entfremdung zu leiblichen Kindern **1745** 14
 - Geburtsname nach Aufhebung der — **1765** 13
 - Gemeinschaftliches eheliches Kind nach — **1754** 5 ff; **1755** 4; **1756** 5
 - Geschwister **1756** 21 ff
 - gröbliche Pflichtverletzung **1748** 45 ff
 - Inhaltsirrtum **1760** 15
 - Kindeswohl und postmortale — **1753** 9
 - Namensinteresse **1741** 37
 - nichteheliches Stiefkind **1748** 47; **1754** 7
 - Nichtvermögensinteressen **1745** 14
 - Pflegeverhältnis **1744** 6
 - Problematik **1741** 33 ff
 - Rechtspolitik, Reformüberlegungen **1741** 37
 - Sonderbehandlung, zunächst beabsichtigte **1756** 6
 - Sperrwirkung **1747** 50

Kind (Stiefkindadoption) (Forts.)

- Tod, Eheauflösung und — 1742 16;
1756 5 ff, 28 ff
- Unterhaltspflicht 1751 33
- Vermögensinteressen vorhandener Kinder
1745 15 ff
- nach Verschwägertenadoption 1756 32 ff
- nach Verwandtenadoption 1756 32 ff
- Verwandtschaft, Erlöschen 1755 4
- Verwandtschaft, mehrfache 1756 17 ff
- Verwandtschaftsverhältnisse nach Aufhe-
bung der — 1764 16
- Verwandtschaftsverhältnisse nach Eheau-
flösung wegen Todes 1756 5 ff, 10 ff,
28 ff
- Volladoption, Kompromißregelung
Vor 1741 10; 1756 1
- Volljährigenadoption 1767 4, 12, 16, 28,
30
- Wiederheirat und erneute — 1763 18
- Zweifel 1751 41
- Zweitadoption nach —, ergänzende
1742 16
- Zwischenverfügung 1752 20

Kinder- und Jugendhilfegesetz

- vom 26. 6. 1990 1666 45, 53, 133, 138,
140; 1666a 1, 10 ff; 1671 25, 87, 160,
168, 194, 209; 1672 7; 1696 25 f, 47

Kindergartenbesuch

- und Kindeswohl 1666 102

Kinderhandel Vor 1741 95**Kinderlosigkeit und Adoption Vor 1741 5, 8,
74; 1745 1 ff****Kinderpsychologie**

- Adoption, Heimerziehung Vor 1741 35 ff

Kindesbeeinflussung

- s. Kind (eheliches)

Kindesbereich, geistig-seelischer

- gefährdeter — 1666 45, 75, 79, 82, 85 ff,
96 ff, 124, 141

Kindesbereich, körperlicher

- gefährdeter — 1666 45, 75, 79, 82, 85 ff,
96 ff, 124, 141

**Kindesbetreuung, Betreuungsdefizite 1666 72,
86, 105, 150; 1666a 4**

- Abänderung von Sorgerechtsentscheidun-
gen 1696 18, 25, 35, 37, 39, 49 f, 60,
62, 65, 69

- Betreuungsanordnung 1673 8, 19

- Ehescheidung und — 1671 58, 61, 91 ff,
101, 106, 109, 127 f, 139, 179, 183,
186, 193, 203, 228

**Kindesbindungen 1666 3, 45, 57, 59, 62,
68, 85, 90, 96 ff, 103, 109, 119, 126,
128, 140, 144, 153, 160, 166**

- Ehescheidung und —

- s. Kind (eheliches)

- Gefährdung durch Abbruch gewachsener
1666 96 ff

Kindesbindungen (Forts.)

- Kontinuität 1666 96

- Tod eines Elternteils 1681 8, 11, 15, 25

Kindesentführung 1671 85; 1674 4, 13

- internationale 1671 228; 1672 29;
1696 83

- Rechtsschutz 1666 182

Kindesentwicklung

- Gesellschafts- oder Staatszwecke und —
1671 62

Kindeserziehung

- s. Elterliche Erziehung

- s. Kontinuitätsprinzip

Kindesgrundrechte

- s. Verfassungsrecht, Verfassungsmäßig-
keit

Kindesinteresse

- Adoption und — von Annehmenden, An-
zunehmenden 1745 2, 6 ff, 10 ff;
1769 1 ff

- Adoption Volljähriger und entgegenste-
hende — 1769 7 ff, 9 ff

- und Eltern-Lebensgestaltung 1671 84

- und familienstützender Interventionsan-
satz 1666a 4

- Inhalt bei Sorgerechtsentscheidung

- 1671 65

- und Kindeswille 1671 116

- Sorgerecht und Umgangsrecht 1696 55

- und Sorgerechtsentscheidung, abgeänderte
1696 13

- Staatsintervention 1671 17

- Vermögenssorge 1667 11; 1683 1, 18,
20 ff

- Vorrang bei Sorgerechtsentscheidung
1671 52, 56

Kindesmißhandlung 1666 75 ff, 105, 131,

- 157, 161; 1666a 4, 5; 1671 69, 88;

- 1748 15

Kindesrechte, Kindeschutzsystem

- Abänderung von Sorgerechtsanordnungen
1696 2, 6, 8, 16 ff

- Ausländerfamilie 1666 77

- Ehescheidung und — 1671 19, 31, 46,
65, 131, 191, 194, 202

- elterliche Pflichtwidrigkeit 1666 7, 17 ff

- elterliches Verschulden 1666 12 ff

- Elternausfall 1674 6

- Elternrecht und —

- s. Eltern (unter Kindesrecht)

- Erziehungszweck 1666 77

- Gefährdung 1666 19 ff

- Gefahrenabwehrprimat der Eltern 1666 4,
5, 7 ff, 20, 23, 30, 67, 74, 130

- Generalklausel 1666 11

- Grundrechtsschutz 1666 61

- Individualität als Grundrechtsträger

- 1671 100

- internationalprivatrechtlicher — 1666 54

Kinderrechte, Kindesschutzsystem (Forts.)

- Kindesschutzrechtliches Denken **1666 3**
 - Kindeswohl und — **1666 55**
 - Maßnahmen zum Zwecke des Schutzes
 - s. Elterliche Sorge (Maßnahmen)
 - Mißhandlungsproblem **1666 75**
 - Nasciturus
 - s. dort
 - Pflichtwidrigkeitsproblem **1666 17**
 - Rechtsschutz **1666 21, 31**
 - und Sorgerechtskriterien **1671 65**
 - staatliches —
 - s. Staatliches Wächteramt
 - Systematik **1667 3**
 - Trennung der Eltern **1672 1, 3, 7, 14, 29**
 - Trennung Eltern-Kind **1666a 1, 13, 15 f**
 - Unterstützung, staatliche
 - s. Familie
 - Verhinderung der Eltern und — **1674 6**
 - Vermögenssorge **1667 1 ff, 11, 13, 22, 30; 1683 1, 18, 20 ff**
 - vorläufige Anordnung **1666 177**
 - vorläufiger — durch Jugendamt **1666 53**
 - VormG und Maßnahmen zugunsten —
 - s. Elterliche Sorge (Maßnahmen)
 - Zentralvorschrift § 1666 BGB für den — **1666 1**
 - zivilrechtlicher, strafrechtlicher **1666 35**
 - Zuständigkeitsprobleme **1666 43**
- Kindervermögen 1667 1 ff, 11, 13, 22, 30**
- Änderung der Sorgerechtszuweisung **1696 71**
 - Anlage von — **1667 9, 21 ff, 29**
 - Ehescheidung und Vermögenssorge **1671 8, 11, 34, 38 ff, 140 f, 156, 187, 196**
 - Eheschließung und Vermögensverzeichnis **1683 1 ff**
 - Eingriff in Vermögenssorge **1666 132**
 - Elterliche Sorge als Vermögenssorge **1666 1; 1667 1; 1683 4, 24 ff**
 - Elterlicher Vermögensverfall **1667 12**
 - Entscheidungskonflikte **1673 28**
 - Entziehung **1666 148**
 - Entzug elterlicher Vermögenssorge **1666 148 ff; 1667 1, 5, 6, 13, 14, 25, 26, 29 ff, 35; 1680 2; 1683 25 ff**
 - Fortführung von Geschäften bei Beendigung elterlicher Sorge **1698a 1 ff**
 - Gefährdung **1667 9 ff, 18, 19, 20, 21; 1683 1, 2, 6, 11, 20 f**
 - Herausgabe **1696 71; 1698 1 ff, 32**
 - Herausgabe bei Ruhen elterlicher Sorge **1673 15; 1675 3**
 - Kindeswohl und — **1667 2, 4, 11, 14, 22, 27, 30**
 - Konkurs eines Elternteils **1670 1 ff**
 - nichteheliches Kind **1705 16**
 - Nutzungen, Rechenschaft **1698 8 ff**

Kindervermögen (Forts.)

- Personensorge und Vermögenssorge **1666 36**
 - Sicherheitsleistung der Eltern **1667 24 ff**
 - Sorgerechtsentzug alleinsorgeberechtigten Elternteils **1680 23 ff**
 - Trennung Personensorge-Vermögenssorge **1671 43**
 - Vermögensverzeichnis bei Heiratsabsicht **1683 13 ff**
- Kindeswille**
- Anhörung und — **1666 160 f**
 - Ausländerkinder **1666 126**
 - beeinflußter — **1666 63**
 - Betreuungsperson, — auf Verbleib **1666 96**
 - bikulturell geprägter — **1666 126 ff**
 - Gesundheit, körperliche Eingriffe **1666 114**
 - Inlandsverbleib **1666 104**
 - Kindeswohl und — **1666 61 ff, 126**
 - als Kindeswohlkriterium **1666 59**
- Kindeswille und Sorgerecht**
- abweichender Vorschlag **1671 40, 51, 115, 129, 152 ff, 173, 180**
 - Änderung der Sorgerechtsentscheidung **1696 11, 17, 28, 35 f, 52, 56, 59 ff, 66, 70**
 - und Altersgrenze **1671 119**
 - beeinflußter **1671 121**
 - als Bindungsindiz **1671 118**
 - im Scheidungsfall **1671 13**
 - als Selbstbestimmung **1671 122 ff**
 - als Sorgerechtskriterium **1671 115 ff**
 - Sorgerechtsvorschlag, von Eltern abweichender **1671 152 ff**
 - zweifache Funktion als Sorgerechtskriterium **1671 117**
- Kindeswohl, Kindeswohlgefährdung**
- Abänderung von Sorgerechtsanordnungen **1696 1, 9, 11 ff, 16 ff, 26 ff, 31 ff, 38 ff, 46 ff, 59, 61, 64, 66, 75, 83; 1707 32 ff**
 - im Adoptionsrecht **1723 20; 1741 2, 7, 13, 14; 1745 5; 1756 11 ff; 1763 11, 12, 13; 1767 13; 1770 1**
 - Alleinsorge (Platzierungsalternativen) **1671 51 ff, 55 ff, 65 ff, 129 ff**
 - Alleinsorgerecht, entzogenes und Übertragung auf anderen Elternteil **1680 26 ff**
 - Aufteilung des Sorgerechts **1671 57, 140**
 - außerrechtliche Maßstäbe **1666 60**
 - Begriff **1666 56; 1671 192; 1707 15**
 - Bestimmung **1666 96 ff**
 - Ehelicherklärung **1723 18, 20, 22; 1740a 2, 37**
 - Ehescheidung und — **1671 1 ff**

Kindeswohl, Kindeswohlgefährdung (Forts.)

als Eingriffslegitimation **1666** 6 ff, 20 ff, 36, 49, 55 ff, 129, 165; **1666a** 6;
1671 17–22, 26, 49, 129, 131, 149, 175, 191; **1672** 15, 17, 25; **1681** 10;
1696 1, 9, 11 ff, 16, 27, 31 ff, 38 ff, 46 ff, 75, 83

Elternvorschlag, übereinstimmender
1671 129 ff

als Entscheidungsmaßstab **1666** 6, 11, 55 ff, 129, 132, 165; **1666a** 4–6;
1671 9 ff, 14, 18, 20, 40, 48 ff, 116, 121, 127, 139, 143, 149, 165 ff, 175, 222, 236 ff; **1672** 8, 11, 15; **1681** 11

Entziehung des Sorgerechts und Sorgerecht
 anderen Elternteils **1680** 1, 3, 4, 6 ff, 9 ff, 16, 20, 22, 25 ff, 32, 34

Gefährdungsbegriff **1666** 64 ff;
1671 192 f; **1748** 17

geistig-seelischer Bereich, gefährdeter
1666 45, 75, 79, 82, 85 ff, 96 ff, 124, 141; **1696** 18, 26, 34

Gemeinsame Sorge **1671** 57, 158 ff
 Generalklausel **1666** 56

Gesamtbild und Einzelkriterien **1671** 67
 gesellschaftliche Standards **1666** 60

und Gesellschaftsinteressen **1671** 62, 87
 Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber

1671 18, 23 ff, 160, 165, 167

Grundwertungen **1666** 56

heuristisches Prinzip **1666** 56

Inhalt des — (Komponenten) **1666** 58

Kindesvermögen **1666** 1, 36, 148;

1667 2, 4, 9, 11, 14, 18, 19, 20, 21, 22, 27, 30; **1680** 26 ff; **1683** 1, 2, 6, 11, 20 f

und Kindeswille **1666** 61 ff; **1671** 116

körperlicher Bereich, gefährdeter **1666** 30, 75 ff, 105, 115, 124, 126 ff, 131, 157;
1696 66

Konkretisierung des Kindeswohls
1671 13, 68 ff, 131, 170

Kriterien **1666** 57; **1671** 52 ff, 70 ff;

1681 11; **1696** 37, 39, 59, 61, 64
 als Leitprinzip des Kindschaftsrechts

1672 7, 30; **1741** 13

Maßnahme nach § 1666, Vorrang **1674** 6

Maßstäbe **1666** 56 ff, 60

minderjähriges Kind **1723** 22

moralisch-sittliche Maßstäbe **1671** 81

nichteheliches Kind **1707** 15 f, 33 ff;

1711 24, 25, 26, 56; **1723** 19, 20, 21, 22; **1740a** 2, 37

persönliches **1666** 1 ff, 6, 55 ff, 71 ff, 89, 141, 165; **1666a** 1, 4 ff; **1671** 6, 49 f, 98, 100, 121, 130 ff, 146 f, 158, 161 ff

richterliche Konkretisierung **1666** 56 ff;
1707 15, 16

Sittenordnung und — **1671** 80

Kindeswohl, Kindeswohlgefährdung (Forts.)

Unbestimmter Rechtsbegriff **1741** 13

Ursachen der Gefährdung **1666** 70 ff

als Verfahrensrichtlinie **1666** 55, 153, 164, 171; **1671** 18, 202; **1681** 15, 17;
1696 11, 22

Verhinderung an der Sorgerechtsausübung
 und — **1666** 49 ff; **1671** 21, 24, 50, 189; **1674** 6, 11, 18; **1678** 10, 12, 16, 24 ff, 29 f; **1680** 1, 3, 4, 6 ff, 9 ff, 16, 20, 22, 23, 25 ff, 27, 28, 32, 34

Vernachlässigung und — **1666** 13 ff, 22, 24, 36, 70, 72, 85 ff

Volljährigkeit **1723** 22; **1740a** 38

wissenschaftliche Erkenntnisse **1666** 60

Kindschaftsstatut **1673** 29; **1683** 27; **1696** 84
Kleinkind

s. Kind

Konkubinatskinder **1741** 49

Konkurs

Vermögenssorge, alleinige Zuweisung
1680 17 ff

Vermögenssorge und elterlicher —
1670 1 ff

Kontinuitätsprinzip (Kindeserziehung)

1666 59, 90, 95 ff, 103, 107, 128, 133, 153, 166, 169, 179; **1666a** 5; **1678** 15, 17, 22; **1680** 11, 15, 25

Abänderung von Sorgerechtsanordnungen
1696 29, 31, 34, 37, 39, 43, 45, 48 ff, 56, 61, 64, 84

Adoption **1741** 15, 19

Scheidungsfall **1671** 48, 68 ff, 90, 101, 109, 126 ff, 142, 161, 179, 227, 238

Trennung der Eltern **1672** 2, 18, 25

Krankheit

und Adoption **1748** 29, 57

und Sorgerecht **1671** 55, 74

Kultur und Familienkonflikt **1666** 120 ff

Landesjugendamt

als Adoptionsvermittlungsstelle

Vor **1741** 86

Legitimation nichtehelichen Kindes**durch nachfolgende Ehe**

— Abkömmlinge des nichtehelichen Kindes **1722** 2 ff

— Abkömmlingsbegriff **1720** 3

— Adoption, aufgehobene **1719** 11

— Adoption, noch bestehende **1719** 13

— Aufhebung von Pflegschaft, Vormundschaft **1719** 42 ff

— Ehe, nichtige **1719** 52

— Ehegatte legitimitierten Kindes **1720** 16, 18

— Ehelicherklärung und —, Abgrenzung **1723** 4

— Ehelicherklärung und spätere Ehe **1719** 18

Legitimation nichtehelichen Kindes (Forts.)

- Ehelichkeit, keine Anfechtung 1719 50
- Ehename und Lebensalter 1720 4 ff
- Eheschließung, gültige 1719 19
- Eintritt kraft Gesetzes 1719 23, 24
- Erbrecht 1719 40
- Familienbuch 1719 47
- Geburt und — 1722 2
- Geburtenbuch 1719 37, 47
- Kind, bereits verstorbene 1722 2
- Kind, nichteheliches 1719 10
- Kind, Rechtsstellung als eheliches 1719 38 ff; 1722 2
- Namensrecht 1720 1 ff; 1722 7
- Namensrecht und 14. Lebensjahr 1720 6, 11
- Namenswechsel 1720 12
- Nichtehelichkeit, geltend zu machende 1719 35 ff
- Pflegschaftsaufhebung 1719 42 ff
- rückwirkendes Entfallen 1719 54
- Staatsangehörigkeit 1719 41
- Tod nach Eheschließung, vor Vaterschaftsfeststellung 1719 33
- Unterhaltspflicht des Vaters 1719 39
- Vater, festgestellter 1719 21
- Vaterschaftsanerkennung, angefochtene 1719 50
- Vaterschaftsanerkennung, unwirksame 1719 26
- Vaterschaftsfeststellung 1719 21, 22, 24
- Vaterschaftsfeststellung vor Eheschließung 1719 27
- Vaterschaftsfeststellung nach Eheschließung 1719 28 ff
- Vaterschaftsfeststellung, Wiederaufnahme des Verfahrens 1719 51
- verheiratetes Kind 1720 16
- Volljährigenadoption 1719 17
- Vormundschaftsaufhebung 1719 42 ff
- Wegfall der Wirkungen der — 1719 50

Ehelicherklärung auf Kindesantrag

- Adoption, vorangegangene 1740a 17 ff
- Amtsermittlung 1740a 46
- Antrag des Kindes 1740a 20 ff
- Antrag des Vaters 1740a 24
- Begleitname 1740f 31
- Beschluß 1740a 47 ff
- Beschwerde gegen Ablehnung 1740a 51 f
- Beteiligte 1740a 41
- Brautkinder 1740a 1
- Ehegatte des Kindes 1740f 27
- Ehegatte überlebenden Elternteils 1740f 20 f
- eheliche Kinder des Verstorbenen 1740d 1 ff
- Einbenennung 1740f 21, 24 ff

Legitimation nichtehelichen Kindes (Forts.)

- Einwilligung des Ehegatten des überlebenden Elternteils 1740a 29
 - Einwilligung des überlebenden Elternteils 1740a 26; 1740b 1 ff
 - Eltern, rechtsgültig verlobte 1740a 32 ff
 - Eltern des Verstorbenen 1740d 1 ff
 - Kind, eheliches nach — 1740f 1 ff
 - Kind, geschäftsunfähiges 1740c 1 ff
 - Kind, noch nicht 14 Tage altes 1740c 1 ff
 - Kind, verheiratetes 1740a 31; 1740f 27
 - Kindeswohl 1740a 2, 37
 - Namensrecht 1740f 4, 14 ff, 29 ff; 1740g 1 ff
 - postmortale Ehe 1740a 11
 - rechtliches Gehör 1740a 43; 1740d 1 ff
 - Standesbeamter 1740a 55
 - Tod beider Elternteile 1740a 15; 1740f 3, 11, 28, 33, 40
 - Tod des Kindes 1740a 45
 - Tod der Mutter 1740a 8 ff; 1740e 2; 1740f 37
 - Tod des Vaters 1740a 6, 7, 9, 10; 1740e 1, 3 ff
 - Tod des Vaters vor Geburt 1740e 8
 - Überlebender Elternteil 1740a 15, 26, 42; 1740f 8 ff, 14 ff, 40 ff
 - Vater, dessen Antrag und —, Unterschied 1740a 2
 - Vaterfamilie 1740a 2
 - Vaterschaftsfeststellung 1740a 19; 1740e 7 ff
 - Verheirateter überlebender Elternteil 1740f 20 ff
 - Verlöbnis der Eltern 1740a 32 ff
 - volljähriges Kind 1740a 22, 38; 1740f 3, 13, 41
 - Vormundschaftsgericht 1740a 40 ff; 1740g 1 ff
 - Wirksamwerden 1740f 6 ff
- Ehelicherklärung auf Vaterantrag**
- Abkömmlinge des Kindes 1736 6
 - Adoption, bestehende 1723 7, 8
 - Adoption, Verhältnis zur 1723 39
 - Amtsermittlung 1723 47; 1727 22
 - Antrag des Vaters 1723 10 ff
 - Aufhebung häuslicher Gemeinschaft Vater-Ehefrau 1727 10 ff
 - bedingungsfeindliche 1724 2
 - Beschluß, unanfechtbarer und unabänderlicher 1723 51 ff
 - Beschwerde, ausgeschlossene 1723 54
 - Beschwerde, einfache gegen Ablehnung 1723 56
 - Beteiligte im Verfahren 1723 44

Legitimation nichtehelichen Kindes (Forts.)

- eheähnliches Verhältnis 1723 27
- Ehefrau des Vaters, beschränkt geschäftsfähige 1728 16
- Ehefrau des Vaters, Einwilligung und deren Ersetzung 1726 8, 10 ff
- Ehefrau des Vaters, geschäftsunfähige 1728 4
- Ehegattenanschein bezüglich Eltern 1723 29
- Einwilligung, Abgabe 1726 11
- Einwilligung der Ehefrau des Vaters 1726 8
- Einwilligung, Ersetzung 1666 52; 1727 1 ff
- Einwilligung und Geschäftsunfähigkeit 1726 17
- Einwilligung des Kindes 1726 4
- Einwilligung des Kindes unter 14 1729 1 ff
- Einwilligung der Mutter minderjährigen Kindes 1726 5
- Einwilligung, Rechtsnatur 1726 11 ff
- Elterliche Sorge der Mutter 1738 11 ff
- Elterliche Sorge des Vaters 1736 4; 1738 14 ff
- Elternverhältnis zueinander 1723 37, 38
- Familienname des Vaters 1737 5 ff
- nach Geburt 1723 18
- Geschäftsunfähigkeit 1728 3, 4
- höchstpersönliche Erklärungen 1723 11; 1728 2
- Kind, nachträgliche Geschäftsunfähigkeit 1733 16
- Kind, Rechtsstellung als eheliches 1723 40; 1736 1 ff
- Kind, verheiratetes 1726 10; 1737 13
- Kindesantrag und —, Unterschied 1740a 2
- Kindeseinwilligung 1723 17; 1729 3 ff
- Kindeswohl 1723 19
- minderjähriges Kind 1723 17, 20, 24
- gegenüber Mutter 1723 5
- Mutter, beschränkt geschäftsfähige 1728 16
- Mutter, Einwilligung und deren Ersetzung 1666 52; 1723 17; 1726 5, 14; 1727 5 ff
- Mutter, geschäftsunfähige 1728 4
- Mutter, Rechtsstellung nach — 1738 7 ff
- Mutter, Übertragung elterlicher Sorge 1738 11 ff
- Mutter-Verhältnis 1736 7; 1738 1 ff
- nachfolgende Ehe und —, Abgrenzung 1723 4
- Namensrecht 1737 1 ff

Legitimation nichtehelichen Kindes (Forts.)

- Notarielle Beurkundung des Antrags 1730 1
- persönliche Vaterbeziehung 1723 25
- rechtliches Gehör 1723 46
- Rechtsmittel, ausgeschlossene 1723 53
- schwerwiegende Gründe gegen 1723 31
- Staatsangehörigkeit 1736 2
- Standesbeamter 1723 58
- Tod des Kindes und — 1733 1 ff
- Tod des Vaters und — 1733 6 ff; 1738 14
- Umgangsrecht der Mutter 1738 8
- Unterhaltsrecht, Reihenfolge der Pflichten 1739 4 ff
- Unwirksamkeit 1735 14 ff
- Vater, Antrag 1723 10 ff
- Vater, beschränkt geschäftsfähiger 1728 5 ff
- Vater, geschäftsunfähiger 1728 3
- Vater, nachträgliche Geschäftsunfähigkeit 1733 17
- Vater, Unterhaltungspflicht 1739 4 ff
- Vater-Verhältnis 1736 4
- Vaterschaftsfeststellung 1723 9
- Vaterschaftsfeststellung, aufgehobene 1735 19 ff
- volljähriges Kind 1723 16, 22

Leibliche Eltern

- und Annahme als Kind
- s. Eltern, leibliche und Adoption; Eltern-Kind-Verhältnis (Adoption)

Leibliche Geschwister

- und Adoption 1756 21 ff, 30

Leibliche Verwandtschaft

- und Adoption 1755 1 ff
- Volljährigenadoption 1770 3 ff, 11
- Wiederaufheben nach Adoptionsaufhebung 1764 10

Leihmutter

- Adoptionsbewerber 1741 17
- Adoptionsvereinbarung 1747 35
- Kindeswohl und — 1666 57

Leihmutteragentur Vor 1741 90**Leistungsansprüche**

- und Adoption 1755 8 ff

Mädchen

- Sorgerechtsmaßnahmen 1666 121, 123, 126

Mann

- s. Vater ehelichen, Vater nichtehelichen Kindes
- Abtreibung und Rechte des — 1666 31

Mehrfachadoption 1742 3**Mehrfache Verwandtschaft 1756 17****Menschenbild des Grundgesetzes**

- und Kindesgesundheit 1666 89

Minderheitsreligionund Kindeswohl **1666** 93**Minderjährigenschutzabkommen, Haager**

s. Haager MSA

Minderjähriger, Minderjährigkeits. a. Annahme als Kind (Minderjährige-
nadoption)

s. a. Gesetzliche Vertretung

Abtreibung **1666** 82Adoption **1741** 10; **1752** 24 ff; **1757** 4, 6Adoptionsaufhebung von Amts wegen
1763 1 ffAdoptionsaufhebung nur bei — **1763** 4Adoptivkind **1666** 46beschränkt geschäftsfähiger Elternteil
1673 19 ffEhelicherklärung **1723** 20, 23Ehelichkeitsantrag durch Kind **1740f** 34Elterliche Sorge nur bei — **1671** 27Elternteil **1673** 1 ff, 19 ff; **1678** 18Elternteil und elterliche Sorge **1671** 34,
73, 136; **1673** 5, 19 ffHeimatrecht **1741** 11Kindeswohlbegriff **1723** 22Mutter nichtehelichen Kindes **1705** 21unbegleitete Kinder **1674** 12**Mißbrauch**elterlicher Sorge **1666** 71elterlicher Sorge, Verschuldensproblem
1666 13 ffVolljährigenadoption **1767** 8, 24**Mißhandlung des Kindes** **1666** 75 ff, 105,
131, 157, 161; **1666a** 4, 5; **1671** 69, 88;
1748 15**Mutter**adoptierten Kindes **1754** 16Adoption und Prostituierte — **1760** 19Aids-Infizierung **1666** 84Alkoholkonsum werdender — **1666** 28Bemuttern als Kindesgefährdung **1666** 88
mißhandelnde — **1666a** 4überforderte **1666a** 4**Mutter ehelichen Kindes**Muttersvorrang, unzulässiger **1671** 60 f;
1696 69Sorgerecht und Chancengleichheit
1671 60bei Sorgerechtsentscheidung **1671** 49, 56,
60, 61, 91, 143, 203Sorgerechtsentscheidung, Vorrang der —
1671 59**Mutter nichtehelichen Kindes**

Adoption des Kindes

s. Kind, nichteheliches unter Adoption
Antragsrechte bezüglich Amtspflegschaft
1707 1 ffAusbildung, Beruf **1705** 10Ausübung elterlicher Sorge, Eignung der
— **1707** 18**Mutter nichtehelichen Kindes (Forts.)**Beistand **1685** 7; **1705** 20Diskriminierung Vor **1705** 40 ffEhelicherklärung **1736** 6, 7; **1738** 1 ffEhelicherklärung und Einwilligung der —
1726 5Ehelicherklärung, verweigerte Einwilli-
gung **1727** 1 ffEheschließung, spätere mit Vater **1754** 9
elterliche Familie, geschützte **1666a** 8
geschäftsunfähige, beschränkt geschäftsfä-
hige — **1705** 22gesetzlicher Vertreter **1746** 19Heirat mit Vater **1747** 16Intimsphäre, Schutz der — **1707** 23, 30
minderjährige — **1705** 21Namensnennung des Vaters, unterbliebene
1707 23Namensrecht **1705** 8Personensorge **1705** 8Pflege und Erziehung **1705** 9Pflegschaft, Aufhebung oder Nichteintritt
1707 2, 5, 7, 10, 11, 12, 17, 18, 29,
31, 38Rechtsstellung **1705** 4 ffSorgerechtsrückübertragung nach Legiti-
mation **1738** 11 ffSorgerechtsverlust nach Ehelicherklärung
1738 5Tod der — und Ehelicherklärung
1740a 1 ffUmgangsrecht des Vaters **1711** 14 ff, 32 ff
Vertretung **1705** 11 ffZeugin im Abstammungs- und Unterhalts-
prozeß **1707** 20**Mutterschaftsgeld**Adoptivmutter **1754** 16**Mutterschaftsurlaub**Adoptivmutter **1754** 16**Nach-Scheidungsfamilie** **1671** 2, 23, 41, 48,94, 103, 162, 183, 194; **1696** 6, 30, 36Familiengericht oder VormG **1696** 6 f

Nichtsorgeberechtigter

s. dort

Scheidungsfamilie

s. dort

Teilfamilie als — **1696** 30, 34, 55, 60,
65, 73**Nachfolgende Ehe**Legitimation nichtehelicher Kinder
durch —

s. dort

Nachgeholte Minderjährigenadoption **1772** 3**Namensadoption** **1767** 25**Namensänderung** **1696** 66**Namensrecht nichtehelichen Kindes****1705** 8, 28; **1706** 42

Namensrecht (Adoption)

Abkömmlinge des Angenommenen 1757 20 ff; 1765 20; 1769 11
 Adelsname des Annehmenden 1757 7; 1767 25
 Adoptionsaufhebung 1765 8 f
 Adoptivname, weitergeführter trotz Adoptionsaufhebung 1765 11 ff
 Anschließungserklärung des Abkömmlings 1757 22
 Begleitname, vorangestellter 1757 8, 11, 14 ff, 21; 1765 18
 Doppel-, Dreifachname des Angenommenen 1757 29, 31
 Ehegatte des Angenommenen 1757 10, 22
 Ehegatte des verheirateten Adoptivkindes und Adoptionsaufhebung 1765 14 ff
 Ehefrau von Kindern des Angenommenen 1757 22
 Ehefrau von Kindeskindern des Angenommenen 1757 23
 Ehefrau des verheirateten Angenommenen 1757 10 ff
 Einbenennung 1757 19, 21
 Einwilligung des Adoptivkindes 1757 24, 27, 38, 41 ff
 Einzeladoption und Ehegatten-Namensinteresse 1757 9
 Elternteil, Adoptionsaufhebung gegenüber 1765 13
 Familienname, neuer nach Aufhebung der Adoption 1765 6 ff
 Geburtsname des Angenommenen 1757 1, 5, 6, 10 ff, 17 ff; 1762 2, 5; 1765 14 ff
 Hinzufügen bisherigen Familiennamens 1757 3, 24 ff
 Minderjährigenadoption, Volljährigenadoption 1757 4
 Namensänderung, öffentlich-rechtliche 1757 2, 17, 36, 39, 46
 nichteheliches Kind, Annahme durch Mutter oder Vater 1757 18
 notarielle Beurkundung 1757 12, 26, 40
 Stiefkinder 1741 37
 Vornamenänderung 1757 2, 36 ff, 39 ff

Namensrecht und Legitimation
 Begleitname 1740 f 31
 eheähnlicher Name überlebenden Elternteils 1740 g 5
 Ehefrau, Namensänderung 1720 4 ff
 Familienname des überlebenden Elternteils 29 ff; 1740 f, 4, 5, 14 ff
 Familienname des Vaters 1737 5 ff
 Familienname des verstorbenen Elternteils 1740 f 29
 Kind, bereits verheiratetes 27; 1737 13; 1740 f
 Namensänderung 1719 32, 39

Namensrecht und Legitimation (Forts.)

vorangestellter Geburtsname, Änderung 1720 18

Nasciturus

Elterliche Sorge für — 1666 28, 30
 Grundrechtsfähigkeit 1666 29
 Indikationenlösung und Schutz des — 1666 32 ff
 als Kind des Adoptionsannehmenden 1745 13
 Maßnahmen zugunsten des — 1666 28 ff
 Mutter, nichteheliche 1705 5
 Pflegerbestellung 1666 34
 Rechtsschutz gegen Abtreibung 1666 31
 Rechtsschutzfähigkeit 1666 29
 Tötung und elterlicher Sorgebereich 1666 30
 zivilrechtlicher Schutz 1666 28, 31

Nestmodell

gemeinsames Sorgerecht 1671 179

Nichtehe

Elterliche Sorge 1671 28

Nichteeliche Lebensgemeinschaft

s. Eheähnliche Lebensgemeinschaft

Nichteelichenrecht Vor 1705 3; Vor 1719 18

Diskriminierung der Geburt Vor 1705 40 ff
 Familienproblematik Vor 1705 20 ff
 Kritik Vor 1705 40 ff

Nichtigkeit

im Adoptionsrecht 1750 13; 1759 7; 1760 3
 gerichtlicher Entscheidung 1735 6
 Verlöbnis 1740a 32

Nichtsorgeberechtigter Elternteil

Adoptionseinwilligung 1747 6
 Belastung des — und Ausweg gemeinsamen Sorgerechts 1671 162
 Betreuung durch — 1696 35, 37, 49 f, 62
 Elterliche Sorge und — 1666 27
 infolge Verhinderung Vor 1673 1, 2; 1673 4 ff, 19 ff, 24 ff; 1674 1 ff; 1680 2
 Personensorge, Abspaltung von Bereichen und Übertragung auf — 1671 47
 Realpräsenz 1671 94
 richterliche Entscheidung 1671 37
 Sorgerechtsbindungen an Zustimmung des — 1671 47
 Sorgerechtsentzug durch VormG, Folge für — 1666 50, 51
 Umgangsrecht 1666 51; 1671 94, 97, 104, 109, 132, 162; 1696 27 f

Nichtverheiratete Person

Adoption durch — 1741 43; 1743 5

Nichtvermögensinteressen

im Adoptionsrecht 1745 14

Notarielle Beurkundung

Adoptionsantrag 1752; 1768 3
 Adoptionsaufhebungsantrag 1762 11

Notarielle Beurkundung (Forts.)

Adoptionseinwilligung **1746** 21, 25, 27;
1750 9

Ehelicherklärung, Antrag und Einwilli-
gungen **1730** 1 ff

Namensänderung und Adoption **1757** 12

Notlagenindikation **1666** 35

Nutzungen

des Kindesvermögens, Rechenschaft
1698 8 ff

Obhut des Adoptivkindes **1751** 30

Öffentliche Beurkundung

Adoptionsantragsverzicht nichtehelichen
Vaters **1747** 54

Öffentliche Hilfe

im Eltern-Kind-Verhältnis

s. Kinder- und Jugendhilfegesetz

Öffentliches Interesse

Adoptionsverhältnis, Aufdeckung
1758 12, 13

Öffentliches Recht

Adoptivkinder und leibliche Kinder,
Gleichstellung **1754** 14 ff

Offenbarungsverbot

der Adoption **1758** 6 ff

Offene Adoption **1747** 27

Onkel

Adoption durch — **1741** 22, 26; **1756** 10,
15 f

Operation

des Kindes und Elternwille **1666** 115

Ordre-public-Klausel

Kindeswohl **1666** 124, 221 ff; **1671** 222

Overprotection des Kindes **1666** 88, 101,
104, 116

Pendelmodell

gemeinsames Sorgerecht **1671** 179

Perinatale Schädigungen

Adoption bei Verdacht auf — **Vor 1741** 45

Persönlichkeit

der Eltern als Sorgerechtskriterium
1671 20, 25, 71 ff, 84 ff, 178

Personensorge

s. a. Elterliche Sorge

Aufspaltung der — **1671** 47

Begriff **1666** 2, 36

Elterliche Sorge als — **1666** 1

Elternteil, minderjähriger **1673** 24 ff

Entscheidungskonflikte bei tatsächlicher
— **1673** 26 ff

Entzug **1666** 4, 24, 39 ff, 45, 50, 138,
145 ff, 170, 173, 177; **1666a** 1, 3, 12,
17; **1680** 2; **1744** 15

Fortführung von Geschäften bei Beendi-
gung elterlicher Sorge **1698 a** 1 ff

Maßnahmen gegen den Inhaber der —
1666 27

Personensorge (Forts.)

nichteheliches Kind **1705** 8 ff; **1711** 14 ff
Scheidung und — **1671** 38, 42, 46, 139
tatsächliche —, Inhalt **1673** 24

Trennung Eltern-Kind und Entzug der —
1666a 3

Vermögenssorge und — **1666** 36

Pflege und Erziehung

Begriff **1666** 2

Pflegeeltern

s. Eltern (Pflegeeltern)

Pflegegeld

und Adoption **1751** 35

Pflegekind

s. Kind (Pflegekind)

Pfleger, Pflegerschaft

Adoption **1746** 1, 6, 9 f, 13 ff, 30;

1748 60; **1751** 16 f; **1755** 16; **1757** 42;

1759 21; **1761** 5; **1762** 9; **1765** 12

Amtspfleger und Einzelpfleger **1666** 146

Amtsvormundschaft, Fortsetzung als —
1710 1 ff

anstelle früherer Amtsvormundschaft
1709 1

Beistandschaft für nichteheliche Mutter
und Amtspflegschaft **1685** 6

Ehelicherklärung und Erlöschen der
Amtspflegschaft **1740f** 9

für eheliches Kind

s. Elterliche Sorge (eheliches Kind)

Familiengericht, Anordnung als Sorge-
rechtsmaßnahme **1671** 196

gesetzlicher Vertreter **1746** 9, 13 ff, 30
Jugendamt als Amtspfleger **1709** 12 ff

Legitimation und Aufhebung der Amts-
pflegschaft **1719** 42 ff

Nasciturus **1666** 34

für nichteheliches Kind

s. Elterliche Sorge (nichteheliches
Kind)

Umgangspflegschaft **1696** 52

Unterhaltspflegschaft **1671** 46, 190 f

VormG, Kompetenzen nach Anordnung
des FamG **1671** 196

Pflegezeit bei Adoption **1744** 1 ff

Pflichtverletzung, elterliche

Abänderung von Sorgerechtsentscheidun-
gen und — **1696** 50 f, 78

anhaltend gröbliche — **1748** 12 ff

besonders schwere **1748** 51

Ehescheidung, Sorgerecht und — **1671** 46,
94, 111, 152, 191

und Kindesvermögen **1667** 2

Kindeswohl **1666** 7, 18, 110; **1680** 11

Kindeswohlgefährdung **1666** 7, 18

Scheidung, elterliche Sorge und —
1671 46, 94, 111, 152, 191

Vermögenssorge **1667** 2, 9

Planwidriges Kind **1666** 35

Plazierungswechsel des Kindes
s. Kind (unter Umplazierung)

Polizeiliches Meldeverfahren
und Adoption 1758 8

Postmortale Adoption 1753 9

Postmortale Ehe 1740a 11

Pränatale Adoption 1747 32 f

Privatsphäre
Mißachtung des Kindes 1666 118

Problemfamilien 1666a 1, 5

Prostitution
dem Kind erkennbare — 1666 92
Kindesmutter und Adoption 1759 19
Milieugefährdung 1666a 11

Psychiatrische Zwangsbehandlung
Kindeswiderstand und — 1666 172

Psychische Entwicklungsstörungen
Vor 1741 41

Psychosoziale Elternschaft 1671 77

Psychotherapeutische Behandlung
des Kindes 1666 75, 80, 116, 138, 157, 169

Rechnungslegung
der Eltern 1667 20; 1683 6; 1698 7

Rechtfertigungsgrund
Indikation 1666 33

Rechtliche Verhinderung
s. Verhinderung

Rechtliches Gehör
im Adoptionsrecht
s. Rechtliches Gehör (Adoption)

Ehelicherklärung 1723 46

Ehelicherklärung auf Kindesantrag
1740a 43; 1740d 1 ff

Elterliche Sorge, Änderungsentscheidung
1696 23, 74

Elterliche Sorge bei Ehescheidung, — der
Eltern 1671 9 ff, 134, 146, 182, 198, 205, 207

Elterliche Sorge bei Ehescheidung, — des
Kindes 1671 10, 13, 115, 119, 153, 176, 180, 182, 202, 205, 207

Elterliche Sorge und Maßnahmen des
VormG, — der Eltern, des Kindes
1666 61, 63, 139, 158 ff, 175, 178

Elterliche Sorge nach Scheidung, — des
Jugendamts 1671 209

Elterliche Sorge nach Trennung 1672 7, 25

Jugendamt
s. Jugendamt

Kindesvermögen, Maßnahmen des
VormG und — von Eltern, Kind
1667 36

nichteheliches Kind, Pflegerbestellung vor
der Geburt 1708 12, 13

nichteheliches Kind, Pflegeschaftsaufhe-
bung 1707 47, 48

Rechtliches Gehör (Adoption)
Adoptionsdekret, Ermittlungen und —
1752 15 ff

Adoptivkind, noch nicht 14 Jahre altes
1752 16

Eltern bei Ersetzung ihrer Einwilligung
1748 63

förmliche Rechte 1752 17

gesetzlicher Vertreter des Kindes 1748 65

Kind des Annehmenden 1745 22 ff

Kind des Anzunehmenden 1745 24

Kind bei Ersetzung der Eltern-Einwilli-
gung 1748 64

Vater nichtehelichen Kindes 1747 2, 14, 49

Rechtsgeschichte
Annahme als Kind Vor 1741 1 ff
nichteheliche Kinder, Legitimation
Vor 1719 4 ff
nichteheliche Kinder, Sorge Vor 1705 5 ff

Rechtsmittel
s. unter den einzelnen Rechtsmitteln

Rechtsschutz
für Kinder
s. Kindesrechte, Kindesschutz
Nasciturus und Indikation 1666 29, 33

Rechtsvergleichung
s. Ausländisches Recht

Rechtswidrigkeit
elterlichen Verhaltens
s. Pflichtwidrigkeit

Reichsjugendwohlfahrtsgesetz
nichteheliche Kinder, Sorge Vor 1705 11

Religiöse Fragen
Adoption 1741 19
und Kindeswohl 1666 80, 93, 99, 120, 123; 1671 47, 82
Religionswahl des Kindes 1666 93

Rentenansprüche
Adoption 1755 11

Residenzmodell
gemeinsames Sorgerecht 1671 179

Richter
s. Familiengericht
s. Vormundschaftsgericht

Rückadoption
eigenen ehelichen Kindes 1741 36
durch leibliche Eltern 1742 10

Rückgabe, Rückführung
von Kindern nach Haager KindesEÜ,
EuKindesEÜ 1671 231 ff

Rücknahme
Adoptionsantrag 1752 5
Ehelicherklärungsantrag des Vaters
1723 15

Rückständiger Unterhalt
Adoption 1755 12

Ruhen elterlicher Sorge
Abänderung der Sorgerechtsanordnung

Ruhen elterlicher Sorge (Forts.)

- und — **1678** 23, 30; **1696** 8
- im Adoptionsverfahren **1751** 1
- Alleinausübung durch anderen Elternteil **1678** 1 ff, 18 ff
- Anordnung des VormG **1674** 3
- als Ausübungshindernis **1675** 1 ff
- wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit **1673** 5; **1705** 22
- wegen Geschäftsunfähigkeit **1673** 1 ff;
- 1678** 19, 28; **1705** 22
- Gründe (Übersicht) **Vor 1672** 2
- wegen tatsächlicher Ausübungsverhinderung **1674** 1 ff; **1678** 6, 19, 28
- und vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen **1666** 49; **1693** 1 ff
- Wegfall der Gründe **1678** 29
- Zweifel über — **1678** 21

Sachverständigengutachten

- Elterliche Sorge **1666** 163 ff, 175
- nichteheliches Kind, Umgangsrecht **1711** 69
- Sorgerechtsverfahren **1671** 118, 121, 184, 202, 210

Säugling

- Pflegezeit bei Adoption **1744** 5

Schadensersatz

- planwidriges Kind **1666** 35

Schädigung

- des Embryos **1666** 28

Scheidung der Ehe

- s. Ehescheidung

Scheidungsfamilie **1666** 37

- s. a. Nach-Scheidungsfamilie
- Elterliche Sorge, Abgrenzung §§ **1666**, **1671**, **1672**, **1696** **1666** 37
- FamG als Spezialgericht für die — **1666** 37

Scheidungskinder **1696** 9, 16 ff

- und Scheidungstrauma **1671** 94
- Vormundschaftsgericht **1666** 41

Scheidungsschuld

- kein Sorgerechtskriterium **1671** 78

Scheinadoption **1763** 10

Scheinvater

- elterliche Sorge **1666** 27

Schrankentheorie

- Haager Minderjährigenschutzabkommen **1666** 181

Schulbesuch

- Abhalten des Kindes vom — **1666** 101

Schuld

- s. Verschulden

Schuldrecht

- Eltern-Kind-Verhältnis **1666** 6, 19

Schutzmaßnahmen Haager MSA

- Vormundschaftsgerichtliche Sorgemaßnahmen **1666** 181; **1674** 24; **1678** 33; **1680** 34; **1681** 28; **1683** 27; **1685** 14

Schwachsinn

- Adoption bei Verdacht auf — **Vor 1741** 45

Schwangere Frau

- und Nasciturus-Rechte **1666** 28

Schwangerschaftsabbruch

- s. Abtreibung

Schwerwiegende Gründe

- Adoption, Hinzufügen bisherigen Familiennamens **1757** 24 ff
- für Adoptionsaufhebung **1763** 6 ff
- gegen Ehelicherklärung **1723** 31

Seelisch-emotionale Kindesbetreuung **1666** 87

Seelische Behinderung

- und Ersetzung der Adoptionseinwilligung **1748** 57

Seelische Labilität

- und Sorgerechtsentscheidung **1671** 74

Seelisches Kindeswohl **1666** 58

Sekte

- und Kindeswohl **1666** 93

Selbstmordgefahr

- des Kindes **1666** 126

Selbstmordversuch

- und Sorgerechtsentscheidung **1671** 74

Sexueller Bereich

- und Kindeswohl **1666** 91, 141

Sexueller Kindesmißbrauch **1666** 76; **1671** 88

Sicherheitsleistung

- für Kindesvermögen **1667** 24 ff

Sittenordnung

- und Kindeswohl **1671** 80

Sittliche Rechtfertigung

- Volljährigenadoption **1767** 20; **1772** 6

Sorgerecht der Eltern

- s. Alleinsorge
- s. Elterliche Sorge
- s. Elternvorschlag
- s. Gemeinsame elterliche Sorge
- s. Kindeswille und Sorgerecht
- s. Kleinkind und Sorgerecht
- s. Nichtsorgeberechtigter
- s. Umgangsrecht

Sorgerechtsreform 1979 **1666** 4

Sorgeunvermögen **1666** 22

Soziale Gruppenarbeit **1666a** 11

Sozialer Status

- eines Elternteils und Sorgerecht **1671** 73

Soziales Umfeld

- und Sorgerechtsentscheidung **1671** 95

Sozialhilferecht

- Name des Vaters, nicht bekanntgegebener **1707** 30

Sozialisationsdefizit **1666a** 11

Sozialkontakte des Kindes

- Beschneidung **1666** 106 ff

Sozialleistungen

- und Adoption **1751** 34

Sozialpädagogische Familienhilfe **1666a** 11

Sozialrecht, Sozialversicherungsrecht

Adoptivkind und leibliches Kind, Gleichstellung 1754 15

Sperrvermerk

für Kindesvermögen 1667 22

Sperrwirkung bei Adoption

durch Antrag nichtehelichen Vaters 1747 48 ff

Staatliche Interessen

und Elternverhalten 1671 63

Staatliches Wächteramt

für Kindeswohl 1666 2, 11, 20, 41, 55, 64, 67, 69, 85, 89, 93, 113, 154; 1671 1, 17 ff, 37, 39, 41, 78, 103, 129, 133, 160, 165, 167, 183, 186, 191, 194, 206, 211; 1696 1, 6, 14 ff, 30 ff, 44

Staatsangehörigkeit

Adoption und deutsche — 1754 14

Adoption bei unterschiedlicher — 1746 34 ff

Legitimation nichtehelichen Kindes 1719 41

Stabilitätsgrundsatz

s. Kind

Standesamt

Adoption 1752 26

Ehelicherklärung 1723 58; 1740a 55

Namenserteilung nach Ehelicherklärung 1740g 19

Statistik

Adoptionen Vor 1741 23, 24

Sterilisation 1666 116; 1674 16**Steueradoption 1767 26****Steuerrecht**

Adoptivkind und leibliches Kind, Gleichstellung 1754 15

Stiefeltern

s. Eltern (Stiefeltern)

Stiefkind

s. Kind (Stiefkind) und Kind (Stiefkindadoption)

Strafrecht

Abtreibung und Indikationenlösung 1666 32 ff

Adoption 1754 17; 1755 14

Adoptionsvermittlung Vor 1741 93

Kinderhandel Vor 1741 95

zivilrechtliche Wertung und Regelung im — 1666 35

Strafvollzugsanstalt

und Kindeswohl 1666 103

Subsidiaritätsprinzip

Elterliches Erziehungsprimat als — 1666 55, 64, 69, 72, 113, 126

Eltern und Vormundschaftsgericht 1666 130

Kindesgefährdung 1666 8

Subsidiaritätsprinzip (Forts.)

Trennung Eltern-Kind 1666a 1 ff

Tagesbetreuung

von Kindern 1666 87; 1666a 10

Tante

Adoption durch — 1741 22; 1756 10

Tatsächliche Verhinderung

s. Verhinderung

Teilbarkeit

des Sorgerechts

s. Unteilbarkeit

Teilfamilie 1666 41; 1666 a 8**Tod**

des Adoptierten und Erbrecht 1770 14 ff

Adoptionsaufhebung und — des Annehmenden, des Kindes 1763 5, 6

Adoptionsverfahren, — des Kindes, des Annehmenden 1753 3 ff

des Annehmenden 1742 12

des Annehmenden und Erbrecht 1770 18 ff

des Ehegatten und Stiefkindadoption

1754 6; 1756 28, 31

Ehelicherklärung, — des Kindes

1733 3 ff; 1740a 45

Ehelicherklärung, — der Mutter

1740a 1 ff; 1740e 2; 1740f 37

Ehelicherklärung, — des Vaters 1733 6 ff;

1738 14; 1740a 1 ff; 1740e 1, 3 ff

Elterliche Sorge, Beendigung durch Tod Vor 1672 2

der Eltern und Ehelicherklärung

1740a 15; 1740f 11

Elternteil, nichtsorgeberechtigter 1666 42

Elternteil, sorgeberechtigter 1666 42; 1681 8

Elternteil während Ehe 1671 28

eines Elternteils, fälschlich erklärter — 1681 21

eines Elternteils und gemeinsames Sorgerecht 1671 189

eines Elternteils und Position anderen Elternteils 1681 1 ff

eines Elternteils und Sorgerecht 1677 1

des Kindes und elterliche Geschäftsführung 1698b 1 ff

des Vaters nichtehelichen Kindes vor Geburt 1706 24

Verlöbnisauflösung durch — 1740a 34

Vormundschaft und — eines Elternteils 1681 15

Todeserklärung 1677 1 ff

Eheschließung, beabsichtigte des Sorgeberechtigten 1683 1 ff

Elterliche Sorge 1677 1 ff; 1681 4, 9

Kindesvermögen, Schutz bei Eheschließung 1683 1 ff

Todeszeitpunktfeststellung 1677 1 ff

Transsexualität

und Sorgerechtsentscheidung **1671** 76

Trennung

der Ehegatten

— Adoptivkind **1741** 32

— Ehelichkeitsantrag des Vaters
1727 14 ff

— Entscheidungsmodell § 1671 BGB auch
im Falle der — **1671** 5, 28, 35, 182,
185; **1696** 6 ff, 29 ff

— FamG, VormG, Zuständigkeit für Sor-
gerechtsmaßnahmen **1666** 38; **1672** 14

— Kooperationspflicht trotz — **1674** 5

— nicht nur vorübergehende **1672** 5;
1696 29

— Ruhen elterlicher Sorge für einen El-
ternteil **1678** 3 ff, 8, 10, 12, 20, 30

— Sorgerechtsentzug während der —
1680 3 ff, 23 ff

— Sorgerechtsregelung bei nicht nur vor-
übergehender — **1672** 1 ff; **1696** 6 ff,
29 ff

— Tod allein sorgeberechtigten Elternteils
1681 7 ff, 15 ff

Eltern-Kind **1666** 4, 25, 45, 84, 101,
103, 105, 125 ff, 132, 136 ff, 139, 153,
157, 177; **1696** 25

Eltern-Kind und Adoptionsverfahren
1751 1

Eltern-Kind, Subsidiarität **1666a** 1 ff

Eltern-Kind, vorläufige Anordnung
1666a 16

Geschwister **1671** 114

Geschwister durch Adoption **1741** 15

Kinder von Bezugspersonen Vor **1741** 37

Türkische Familienprobleme

Kindeswohl und — **1666** 120 ff

Übereinstimmender Vorschlag

der Eltern zum Sorgerecht

s. Elternvorschlag

Übergangsvorschriften

Adoptionsrecht Vor **1741** 48 ff

Übersiedlung in das Ausland

Abänderung von Sorgemaßnahmen

1696 34, 50, 54 ff, 83

eines Elternteils **1674** 11

Kindeswohl **1666** 68, 97, 104, 126, 165,
182

Scheidung und elterliche Sorge **1671** 48,
96, 142, 145, 192, 227

Übersiedlung vom Ausland **1696** 50, 58, 83

Überwachungspfleger **1667** 17

Umgang, persönlicher

des Heranwachsenden **1666** 117

Umgangsbestimmungsrecht

der Eltern **1666** 106

Umgangskonflikte mit Dritten **1666** 48

Umgangsrecht

Adoption und —

s. Annahme als Kind (Minderjährigena-
doption)

Änderung von Anordnungen **1696** 27 f

Aufenthaltsbestimmungsrecht und —
1696 55

Bestimmung des Umgangs **1666** 48,
106 ff, 112, 117; **1671** 194

der Eltern nach Sorgerechtsentzug **1666** 51
geschäftsunfähiger Elternteil **1673** 15

der Geschwister **1666** 57, 109, 111

der Großeltern **1666** 69, 109, 137;
1696 17

der Mutter nach Ehelicherklärung **1738** 8
des nichtsorgeberechtigten Elternteils
1666 51, 138, 147; **1696** 27 f, 30, 34,
51 ff, 76

Nichtwahrnehmung **1748** 45

Pflegeeltern **1666** 107, 111

Pflegschaft als Umgangspflegschaft
1696 52

bei Ruhen elterlicher Sorge **1675** 3

des nicht sorgeberechtigten Elternteils
1671 97, 109, 194, 229

Sorgerecht und —, Konflikt **1696** 55 ff

des Stiefelternteils **1666** 108, 111

des Vaters nichtehelichen Kindes
s. dort

Vereitelung des — **1696** 51 ff

Verwandter, entfernter **1666** 111

Umplazierung des Kindes

s. Kind

Umsiedlung

s. Übersiedlung

Umweltbedingungen

und Sorgerechtsentscheidung **1671** 109

Unabänderlichkeit

s. Abänderung

Unanfechtbarkeit

s. Anfechtbarkeit

Ungeborenes Leben

s. Nasciturus

Unteilbarkeit des Sorgerechts **1671** 28, 38,
57, 139, 142, 187; **1672** 9, 17, 26

Alleinzuständigkeitsgrundsatz, Abgren-
zung gegenüber — **1671** 38, 39

Unterbringung

des Kindes **1666** 44

Unterhaltsgefährdung

Entziehung der Vermögenssorge **1666** 151

Unterhaltspflegschaft **1671** 46, 191

Unterhaltspflichtverletzung

Entziehung der Vermögenssorge **1666** 150

Unterhaltsrecht

Adoption und —

s. dort

Änderung der Sorgerechtszuweisung
1696 71

Unterhaltsrecht (Forts.)

- Ehegattenunterhalt und Sorgerecht
1671 3, 46, 55, 78, 148, 150, 190
- Ehelicherklärung und — 1739 4 ff; 1740 7
- Elterliche Pflichtverletzung 1748 16
- Elterntrennung 1672 4
- gemeinsames Sorgerecht 1671 190 f
- nach Legitimation nichtehelichen Kindes
1719 39; 1722 6
- nichteheliches Kind, Pflegeraufgabe im —
1706 43 ff
- Sorgerecht nach Scheidung und — 1671 3,
46, 55, 78, 148, 150, 190
- Sorgerechtsentscheidung, abgeänderte
1696 71
- Volljährigenadoption 1770 11

Unterhaltsvorschuß

- Name des Vaters, nicht bekanntgegebener
1707 30

Unterlassungsklage

- Abtreibung 1666 31

Untersuchungsgrundsatz

- s. Amtsermittlung

Unwiderruflichkeit

- Adoptionseinwilligung 1750 12

Unwirksamkeit

- Adoption 1759 3 ff

Urgroßeltern

- Adoption durch — 1756 10

Vater ehelichen Kindes

- Abstimmung des Kindes und Sorgerecht
1671 77
- Sorgerecht und Chancengleichheit
1671 60

Vater nichtehelichen Kindes

- Adoption und Belehrung durch Jugendamt
1747 46
- minderjährigen Kindes 1772 4
- ohne rechtliches Gehör des —
1747 14
- Bewerber 1741 48; 1747 51
- Rechtsstellung des — im Adoptionsver-
fahren 1747 41 ff
- Sperrwirkung des Antrags auf Adop-
tion 1747 48 ff
- Vaterschaftsfeststellung und Adoptions-
verfahren 1747 43
- Verwandtschaft nach Aufhebung der
Adoption 1764 17
- Verzicht auf Antrag 1747 53
- Anteilnahme am Kind 1711 27
- Auskunftsrecht über persönliche Verhält-
nisse 1711 52 ff
- und Ehelicherklärung 1747 16
- des eigenen Kindes Vor 1705 49, 50;
1741 26, 30, 45, 47
- kein Einwilligungsrecht des —
1747 10 ff

Vater nichtehelichen Kindes (Forts.)

- Ehelicherklärung, Antrag des — 1723 10;
1736 4
- Ehelicherklärung des — und Ehefrau —
1726 8; 1727 10 ff
- Ehelicherklärung, Verhältnis zum —
1723 25; 1736 4
- Eheschließung, spätere mit Mutter 1754 9
- keine elterliche Sorge Vor 1705 23 ff
- Elterliche Sorge nach Adoption 1741 47;
1747 12
- Elterliche Sorge nach Ehelicherklärung
1736 4; 1741 47
- Familie des — bei Ehelicherklärung
1740a 2
- Heirat mit Mutter 1747 16
- Name, unbekannter des — 1707 23
- Rechte und Pflichten, unausgewogene
1711 10
- Rechtsstellung Vor 1705 23 ff; 1705 3, 27
- Tod des — und Ehelicherklärung
1740a 1 ff
- Tod nach Eheschließung, vor Vaterschafts-
feststellung 1719 33
- Umgangsrecht, Bestimmung durch Sorge-
berechtigten 1711 14 ff
- Bedenken der Kindesmutter 1711 32 ff
- Entscheidungsänderung 1711 46 ff
- Entstehungsgeschichte 1711 1 ff
- Jugendamtvermittlung 1711 21, 22
- Kindeswohl 1666 106; 1711 25
- nach längerem Zusammenleben der El-
tern 1711 38
- nähere Regelung 1711 41 ff
- Rechtsnatur 1711 8 ff
- Verfassungsmäßigkeit 1711 11, 13
- Vormundschaftsgericht 1711 23 ff
- Vater-Kind-Beziehung, verfehlte 1747 11

Vaterschaftsfeststellung

- und Adoption 1741 15; 1755 15
- und Ehelicherklärung 1723 9; 1740a 19
- Legitimation und — nach Eheschließung
Vor 1719 28 ff
- nichtehelichen Kindes 1706 13
- und Pflegschaft 1707 17

Verbleibensanordnung 1666 45, 107, 128,
131, 136, 139; 1666a 4, 8, 17

Verbot

- Adoption, Ausforschungs- und Offenba-
rungs- 1758 6 ff
- Mehrfachadoption 1742 3
- Zweitadoption 1742 3

Verbundverfahren

- im Scheidungsfall 1671 4, 12, 37, 135,
146, 202 ff, 218, 220, 231

Verfassungsbeschwerde

- Adoptionsdekret 1759 11

Verfassungsrecht, Verfassungsmäßigkeit

- Adoption 1759 9 ff

Verfassungsrecht, Verfassungsmäßigkeit

(Forts.)

- Adoption nichtehelichen Kindes, Vaterstellung **1747** 12, 13
- Adoption ohne Elterneinwilligung **1748** 3, 6 ff
- Adoptiveltern und leibliche Eltern **1756** 13
- Alleinzuständigkeit für elterliche Sorge im Scheidungsfall **1671** 14, 15 ff, 38, 41
- Eltern als Grundrechtsträger **1666** 2, 11, 16 ff, 20, 22, 35, 64, 67, 69, 73, 133, 141, 172; **1666a** 2, 3; **1671** 2, 15, 25, 37, 41, 43, 56, 71, 129, 133, 136, 152, 158, 165, 167, 169, 211
- Eltern-Kind-Trennung **1666a** 1
- Elternrecht und gemeinsames Sorgerecht **1671** 158 ff
- Elternrecht und Personensorge **1666** 2
- Erziehungsziel **1666** 89
- Familie und Staat, Verhältnis **1671** 23
- Kind, Pflegerbestellung für nichteheliches **1706** 1 ff
- Kinder als Grundrechtsträger **1666** 2, 5, 7, 10, 20, 61, 69, 77, 113, 118, 133, 155, 171; **1666a** 6; **1671** 26, 52, 54, 61, 100, 117, 152, 158, 165, 167, 169; **1696** 62
- Kindesintervention **1666** 133
- Kindeswohl und drohende Interessenbeeinträchtigung **1666** 67
- Nasciturus **1666** 29
- nichteheliche Kinder **Vor 1705** 12
- nichteheliches Kind, Pflegeraufhebung **1707** 4
- nichteheliches Kind, Pflegerbestellung **1706** 4, 5
- Umgangsregelung für nichtehelichen Vater **Vor 1705** 34 ff; **1711** 11, 13
- Vaterstellung gegenüber nichtehelichem Kind **Vor 1705** 26 ff; **1705** 2; **1747** 12
- Volladoption **1748** 9

Verhältnismäßigkeit

- Adoption ohne Elterneinwilligung **1748** 10, 38 ff, 56
- Änderung der Sorgerechtszuweisung **1696** 7, 15, 38 f, 52, 78
- Ehescheidung und künftige Sorgerechtsverhältnisse **1671** 168
- Ehescheidung und staatliche Intervention **1671** 17, 23, 25, 39
- Gewaltanwendung gegen Kind in Vollzug eines VormG-Beschlusses **1666** 172
- Pflegschaftsanordnung **1671** 194, 197
- Ruhen elterlicher Sorge **1674** 10; **1678** 10
- Sorgerecht, alleiniges nach Entziehung **1680** 12 ff
- Sorgerechtseingriffe **1666** 4, 7, 20, 39, 45, 49, 69, 130, 134 ff, 151, 172; **1678** 10; **1680** 14, 16

Verhältnismäßigkeit (Forts.)

- Trennung Eltern-Kind **1666a** 1, 3, 9, 15, 17
- Vermögenssorge **1667** 14; **1680** 18, 20
- Vormundschaftsanordnung **1671** 194, 197
- Verhinderung**
 - der Eltern, eines Elternteils an Sorge-rechtsausübung **1666** 49; **1671** 50, 189; **Vor 1673** 1, 2; **1673** 6; **1674** 1, 2, 8 ff; **1675** 2; **1678** 1 ff, 9 ff; **1693** 1 ff
- Verlöbnis**
 - der Eltern vor Ehelicherklärung **1740a** 32
- Vermögensgemeinschaft**
 - Auseinandersetzung **1683** 19
 - mit Kind und Heiratsabsicht **1683** 16 ff
- Vermögensinteressen**
 - Adoption, postmortale **1753** 10
 - Adoption Volljähriger **1769** 8
 - im Adoptionsrecht **1745** 15
- Vermögenssorge**
 - s. Kindesvermögen
- Vermögensverfall**
 - elterlicher **1667** 12
- Vermögensverhältnisse**
 - Adoption und Täuschung über — **1760** 17
- Vermögensverwaltung**
 - durch Amtspfleger **1709** 20
- Vermögensverzeichnis**
 - Beistandhinzuziehung **1689** 1 ff
 - der Eltern **1667** 19
 - bei Heiratsanzeige **1683** 13 ff
- Verschollenheitsverfahren**
 - Elterliche Sorge **1677** 5; **1681** 4, 9
- Verschulden**
 - der Eltern **1666** 12 ff, 25, 73, 75; **1673** 2; **1674** 6; **1707** 33; **1748** 23
- Verschwägere**
 - Adoption durch — **1756** 12
 - Adoption Volljähriger **1769** 7
 - Stiefkindadoption nach Adoption durch — **1756** 32
- Vertragssystem des Adoptionsrechts**
 - s. Annahme als Kind
- Verwaltungsrecht**
 - Adoptivkind und leibliches Kind, Gleichstellung **1754** 15
- Verwandtenadoption**
 - s. a. Verwandtschaft
 - Alternative zur — **Vor 1741** 34
 - Annahmebeschuß und Gesetzesvorschriften **1752** 24
 - ausländisches Recht **1741** 21
 - DDR-Recht, früheres **Vor 1741** 15
 - Einzeladoption durch Verschwägere 2., 3. Grades **1756** 12
 - Enkel, Geschwister, Bedenken **1741** 22
 - Kind-leibliche Eltern-Verhältnis **1756** 26 f
 - Kind-leibliche Geschwister-Verhältnis **1756** 22

Verwandtenadoption (Forts.)

- Konfliktgefährdung **1741** 21
- mehrfache Verwandtschaft nach — **1756** 17 ff
- Pflegeverhältnis **1741** 6
- als Sonderfall der Adoption **1741** 20 ff; **1756** 1
- Stiefkindadoption nach — **1756** 32
- Verwandtschaft nach — **10** ff; **1756** 1 ff
- Verwirrspiel, entstehendes **1741** 21; **1756** 3
- Volladoption und —, Kompromiß **Vor 1741** 11
- Volljährigenadoption **1767** 4, 16

Verwandtschaft

- s. a. Verwandtenadoption
- Adoption und — **1754** 1 ff; **1755** 1 ff
- Adoption und bestehenbleibende — **1756** 15 ff
- Adoption und bestehenbleibende Rechte, Pflichten **1755** 8 ff
- Adoption bei bestehender — **1756** 1
- Adoption und Fortwirken natürlicher — **1755** 14
- Adoption durch Großeltern, Urgroßeltern **1756** 10 ff
- Adoption und nichteheliches Kindschaftsverhältnis **1755** 5
- Adoption und Rechte der — **1747** 20
- Adoption und Schwägerschaft 2., 3. Grades **1756** 12
- Adoption von Stiefkindern **1756** 5 ff
- Adoption und Unterhaltsrecht **1755** 12
- Adoption Volljähriger und Folgen für die — **1769** 6 ff; **1772** 2 ff
- Adoptions-, Erlöschen **1764** 7
- Adoptionsaufhebung und leibliche — **1764** 10
- Adoptionsaufhebung und — leiblichen Vaters **1764** 17
- Adoptionsaufhebung und Wiederaufleben **1763** 17
- Adoptiv- und Eheverbot **1766** 1
- Adoptivkind und leibliche Geschwister **1756** 21 ff
- Ehelicherklärung und — des Vaters **1740a** 2
- Geschwister, Onkel, Tante und deren Ehegatten **1756** 10 ff
- leibliche — und Adoption **1755** 1 ff
- mehrfache **1756** 17
- Stiefkindadoption nach Adoption durch — **1756** 32
- Volljährigenadoption **1769** 6 ff

Verzicht

- Adoptionsantrag nichtehelichen Vaters **1747** 53

Volladoption

- s. Annahme als Kind

Volljährigenadoption

- s. Annahme als Kind (Volljährigenadoption)

Volljährigkeit

- Adoptionsverhältnis nicht aufhebbar **1763** 4
- bevorstehende **1666** 113
- Kindeswohlbegriff **1723** 22; **1740a** 37
- Legitimation nichtehelichen Kindes **1723** 22; **1740a** 22, 38; **1740f** 3, 13, 41

Vollstreckung

- ausländischer Kindesschutzmaßnahmen **1666** 184
- ausländischer Sorgerechtsentscheidungen **1671** 223 ff
- VormG, Sorgerechtsmaßnahmen **1666** 170 ff

Vollzeitpflege

- des Kindes **1666a** 12

Von Amt wegen, Verfahrenseinleitung

- s. Amtsermittlung

Vorläufige Anordnung

- Änderung von Sorgerechtsentscheidungen **1696** 10, 29, 41, 76
- Alleinsorge anderen elterlichen Teils **1678** 4, 8, 10, 13, 17, 20, 23; **1680** 24
- Alleinsorge nach Tod anderen Elternteils **1681** 9
- Endentscheidung nach § 1696, keine — **1696** 10
- Haager MSA-Zuständigkeit **1666** 181
- Herausgabestreit und Kinderschutz **1666** 177
- Kindesschutz **1666** 177
- vor Ruhen elterlicher Sorge **1674** 19, 21
- Scheidungsfamilie, Abgrenzungsprobleme **1666** 37, 38
- Scheidungsverfahren und Sorgerecht **1672** 19 ff
- Sorgerechtsänderung **1696** 76
- Sorgerechtsverfahren, isoliertes **1672** 25
- Trennung Eltern-Kind **1666a** 16
- Vormundschaftsgericht, Schutzmaßnahmen **1666** 98, 132, 136, 162, 175, 177 ff; **1666 a** 16

Vorläufiger Kindesschutz

- durch Jugendamt **1666** 53

Vormund, Amtsvormund

- Adoption, Ersetzung der Einwilligung **1746** 16 ff
- Adoption und — als gesetzlicher Vertreter **1746** 1, 5, 9, 13, 14, 16 ff, 30
- Adoptionsvormundschaft **1751** 10, 13, 15 f, 18 f, 24
- Amtspflegschaft und — **1709** 1; **1710** 1 ff
- Elterliche Sorge **1666** 27, 145 f, 173

Vormund, Amtsvormund (Forts.)

- Elterliche Sorge, Änderung von Anordnungen **1696** 7, 18, 20, 29, 41, 68, 77
- Elterliche Sorge, Beistandschaft **1685** 8
- Elterliche Sorge, Ruhen **1673** 5, 13, 16 ff, 20, 21, 23, 26 ff; **1674** 1, 18 ff, 23
- Elterliche Sorge, sorgerechtl. Stellung anderen Elternteils **1678** 1, 7, 10, 11, 23, 26, 27, 32; **1680** 1, 15, 31; **1681** 2, 6, 9, 13, 15, 16, 18, 22, 24
- Elterlicher Konkurs **1670** 9, 12 ff
- Elternteil, minderjähriger und — **1673** 28
- Jugendamt **1751** 10
- Kindesgefährdung **1671** 196
- Legitimation auf Antrag des Vaters **1729** 5
- Legitimation auf Kindesantrag **1740** a 8; **1740** f 10
- nichtehelichen Kindes, sorgeberechtigter — **Vor 1705** 11, 13; **1705** 22; **1711** 15, 16
- Scheidung und elterliche Sorge **1671** 11, 27, 33, 39—41, 45, 50, 138, 154, 190—197, 215, 219
- Scheidungsurteil, Verbundentscheidung und — **1751** 11
- Verzeichnis des Kindesvermögens **1683** 1, 9 f
- VormG und Anordnung des FamG **1671** 196

Vormundschaftsgericht (Adoption)

- Adoptivname, Weiterführung trotz Aufhebung der Annahme **1765** 11
- Anhörung
 - s. Rechtliches Gehör
- Annahmebeschuß **1752** 23 ff; **1768** 1, 9 ff
- Annahmebeschuß, abgelehnter **1752** 34
- Annahmebeschuß und Gesetzesvorschriften **1752** 24
- Aufhebung des Annahmebeschlusses **1746** 1 ff; **1759** 19 ff, 23; **1760** 1 ff; **1763** 1 ff; **1771** 1 ff
- Einwilligung des anderen Ehegatten — Ersetzung durch — **1749** 1 ff
- Einwilligung der Eltern — Ersetzung durch — **1746** 20 ff; **1748** 58 ff; **1751** 4
- Einwilligung des Vormunds, Pflegers — Ersetzung durch — **1746** 16 ff
- Einwilligungserklärung gegenüber — **1746** 6, 21, 25; **1750** 4 ff; **1751** 1
- Genehmigung der Einwilligung **1746** 34 ff
- Offenbarungs- und Ausforschungsverbot **1758** 15 ff
- Pflegschaft, bereits bestehende **1751** 17
- Rückübertragung elterlicher Sorge **1751** 21, 25
- Staatsangehörigkeit, unterschiedliche **1746** 34 ff
- Volljährigenadoption als Volladoption **1772** 1 ff

Vormundschaftsgericht (Adoption) (Forts.)

- Vormundschaft, bereits bestehende **1751** 13—15
- Vormundschaftsaufsicht **1751** 11
- Zuständigkeit, internationale **1752** 8; **1759** 19; **1768** 6
- Zuständigkeit (sachliche, örtliche, funktionelle) **1752** 9 ff; **1768** 6
- Zustimmung gesetzlichen Vertreters — Ersetzung durch **1746** 30
- Zustimmungserklärung gegenüber — **1746** 32
- Zwischenentscheidung, Zwischenverfügung vor Adoptionsdekret **1752** 20
- Vormundschaftsgericht (elterliche Sorge)**
- Abänderung von Sorgerechtsänderungen **1666** 43; **1696** 4 ff, 72
- Abtreibung **1666** 33 ff
- Adoleszenzkonflikt **1666** 112
- Amtspflegschaft, Amtsvormundschaft nichtehelichen Kindes **1710** 8 ff
- Amtspflegschaft und Anträge nichtehelicher Mutter **1707** 1 ff
- Amtspflegschaft, Aufsicht des — **1709** 17
- Anhörung
 - s. Rechtliches Gehör
- Aufenthaltsbestimmungsrecht, Entzug **1666** 139
- als Aufenthaltsgericht und internationale Zuständigkeit **1666** 181 f
- Auswahlermessung des Tatrichters **1666** 132
- Beistandschaft für Alleinsorgeberechtigten **1685** 11 ff; **1690** 1 ff; **1691** 4
- Ehescheidung, abschließende Sorgerechtsentscheidung und — **1666** 40
- Eltern, Bewährungsversuche **1666** 131
- Eltern, durch — ersetzte Erklärungen **1666** 143
- Entzug elterlicher Sorge **1666** 132; **1680** 3, 25, 29, 32 ff
- Familiengericht, Abgrenzung **1666** 37 ff; **1667** 6; **1671** 31 ff; **1672** 4, 14; **1696** 6
- Feststellungsbeschluß zur Verhinderung elterlicher Sorge **1674** 2 f, 17 ff, 22 f; **1675** 10, 11, 19
- Heiratsabsicht, Anzeige **1683** 12
- internationale Zuständigkeit **1666** 181
- Kindesantrag auf Maßnahmen des — **1666** 155
- Kindesvermögen, Maßnahmen **1667** 35 ff; **1670** 15; **1680** 19 ff
- Maßnahmen elterlicher Sorge **1666** 132 ff; **1666a** 1 ff; **1671** 196; **1672** 6, 14, 22, 26; **1696** 4, 6, 7, 72
- Nach-Scheidungsfamilie **1696** 6 f
- nichteheliches Kind, Amtspflegschaft vor Geburt **1708** 1 ff; **2708** 7

Vormundschaftsgericht (elterliche Sorge)

(Forts.)

nichteheliches Kind, Auskunftsrecht des Vaters **1711** 59 ffnichteheliches Kind, Pflegeraufhebung **1707** 41 ffnichteheliches Kind, Regelung des Umgangsrechts **1666** 51; **1711** 23 ff, 46 ff
öffentliche Hilfen, Anordnung durch — **1666** 138; **1666a** 13Rechnungslegung der Eltern **1667** 20Ruhensanordnung aus tatsächlichen Gründen **1674** 1 ffSachverständigengutachten und elterliche Sorge **1666** 163 ffScheidungskinder **1666** 41Subsidiaritätsprinzip **1666** 130; **1666a** 1Tod sorgeberechtigten Elternteils **1681** 2, 14 ff, 20, 23, 27, 28Umgangsrecht nach Sorgerechtsentzug **1666** 51Verhinderung elterlicher Sorge **1674** 17, 19; **1678** 5, 13, 16, 23, 26, 31 ff; **1693** 1 ffVermögensgemeinschaft mit Kind und Heiratsabsicht **1683** 23 ffVermögensverzeichnis der Eltern **1667** 19**Vormundschaftsgericht (Legitimation nicht-ehelicher Kinder)**Ehelicherklärung **1723** 41 ffEhelicherklärung und beschränkt geschäftsfähiger Vater **1728** 11 ffEhelicherklärung, Ersetzung der Einwilligung der Ehefrau des Vaters **1727** 10 ffEhelicherklärung, Ersetzung der Einwilligung der Mutter **1727** 1 ffEhelicherklärung auf Kindesantrag **1740a** 40 ffEhelicherklärung und Name überlebenden Elternteils **1740g** 1 ff**Vorname des Kindes**und Adoption **1757** 2, 36, 39 ff; **1765** 19**Vorschlag der Eltern, übereinstimmender**

s. Elternvorschlag

WaisengeldAdoption **1755** 11**Waisenrente**Adoption **1755** 11**Wegzug**

s. Übersiedlung

Weimarer Reichsverfassungnichtehelicher Kinder, Sorgerecht
Vor **1705** 10**Weltanschauung**und Adoption **1741** 19**Wichtiger Grund**Adoptionsaufhebung Volljähriger
1771 5 ff**Widerruf**Adoptionseinwilligung **1746** 26 ffAdoptionszustimmung **1746** 31**Wiederaufleben elterlicher Sorge**nach Wegfall tatsächlicher Verhinderung
1674 22**Wiedererlangung elterlicher Sorge**im Adoptionsverfahren **1741** 7; **1751** 16, 21 ffbei Rückkehr des für Tod Erklärten
1681 22**Wiederkehrende Leistung**Adoption und Anspruch auf — **1755** 10 ff**Wiederverheirat**des Sorgeberechtigten **1696** 66, 69Zweitadoption **1742** 15**Wirtschaftliche Verhältnisse**und Sorgerechtsentscheidung **1671** 98**Wirtschaftlicher Zweck**Volljährigenadoption **1767** 21**Wissenschaftliche Erkenntnisse**Kindeswohl **1666** 60**Wohl des Kindes**

s. Kindeswohl

Zeitliche Aufteilungelterlicher Sorge **1671** 142**Zeuge Jehovas**Bluttransfusion bei Kindern **1666** 80Bluttransfusion, verweigerte **1666** 80und Sorgerechtsentscheidung **1671** 82**Zivilrechtsschutz**Eltern-Kind-Verhältnis **1666** 1, 7Nasciturus **1666** 28**Züchtigung**und Kindesmißhandlung **1666** 76**Zuständigkeit**Beistandbestellung **1690** 5; **1692** 3, 7; **1693** 7Eheschließung und Auseinandersetzung um Vermögensgemeinschaft **1683** 26 fElterliche Sorge, Änderung von Anordnungen **1696** 6, 7, 22, 29, 39, 41, 58, 72, 80, 82, 83Elterliche Sorge, Entscheidung nach Entzug **1680** 3, 25, 29, 32 ffElterliche Sorge, Ruhensanordnung
1674 17, 19, 24Elterliche Sorge nach Tod eines Elternteils
1681 2, 14 ff, 20, 23, 27 fElterliche Sorge, Übertragung auf anderen Elternteil **1678** 5, 13, 16, 23, 26, 31 ff
internationale —

s. dort

Pflegschaft im Sorgerechtsverfahren
1671 196Sorgerechtsmaßnahmen nach § 1666 BGB
1666 152

Zuständigkeit

Sachregister

Zuständigkeit (Forts.)

Sorgerechtsregelung nach Ehescheidung
1671 201, 219

Sorgerechtsverfahren als isolierte Familien-
sache **1672** 23

Vormundschaft im Sorgerechtsverfahren
1671 196

Vormundschaftsgericht in Adoptionsange-
legenheiten **1752** 8 ff; **1768** 6

Zustimmung

Adoption des 14 Jahre alten Kindes
1746 29 ff

Zustimmung (Forts.)

Ehelicherklärung **1728** 5, 16; **1729** 8;
1740 b 6

Zwangsgeld **1696** 52

Zweitadoption

s. Annahme als Kind

Zwischenentscheidung

im Adoptionsverfahren **1752** 21

Zwischenverfügung

im Adoptionsverfahren **1752** 20